Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HDI
HL OZIO V

1,16

Bd. Jan. 1910.

HARVARD LAW LIBRARY

Received JAN 17 1910

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Blätter

für

Rechtspflege

in Thüringen und Anhalt

herausgegeben

von

Dr. B. Sammer,
Oberlandesgerichtsrat in Jena

Der ganzen Folge 56. Band.
Neue Folge XXXVI. Band.

Jena,
Druck und Verlag von Hermann Pohle
Großherzogl. Sächs. Hofbuchdruckerei.
1909.

Digitized by Google

JAN 17 1910

Digitized by Google

Sachregister

zum sechsunddreißigsten Band der Neuen Folge.

(Band 56 der ganzen Reihe.)

Allgemeines.

Erfahrungen und Anregungen zur Kunst der Rechtspflege. 161.
Sicherstellung der Posteingänge bei Gericht an dienstfreien Werktagen. 266.
Veränderungen im Bestande der im Bezirk des Oberlandesgerichts Jena angestellten Richter, Staatsanwälte, Gerichtsvollzieher, Rechtsanwälte, seit der in Bd. 54 S. 218 veröffentlichten Dienstlaufbahn usw. 66.
Verzeichnis der im Jahre 1908 bei dem Oberlandesgericht Jena geprüften Gerichtsassessoren und Referendare. 70.
Zusammenstellung der in den zum Oberlandesgericht Jena vereinigten Thüringischen Staaten im Jahre 1908 ergangenen Landesgesetze, Verordnungen usw. soweit sie für die Praxis der Gerichte von besonderem Interesse sind. 302.

Zusammenstellung der besprochenen Literatur.

Achilles-Greiff, BGB., 6. Aufl. 160.
Falkmann, Anfechtung. 158.
Fehr, Zweikampf. 308.
Fitting, Zivilprozeß. 311.
Friedländer, RAO. 159.
Guttentagsche Sammlung von Reichsgesetzen. 311.
Häfselbarth, Altenburger Staatsrecht. 309.
Helmrich, Ortsverzeichnis. 160.
l'Hitzig, Grenzen des Erbrechts. 155.
— Altgriechisches Recht. 156.
Jaeckel, Zwangsversteigerung, 3. Aufl. 158.
Joachim, GO. f. RA., 5. Aufl. 159.
Marbersteig, Weimarisches Jagdrecht. 80.
Michaelis, Homosexualität. 79.
Mittelstein, Miete. 311.
Nebinger, Pfandverkauf. 156.
Neumann, Rechtsprechung. 160.
Oberneck, GBO. 310.
Oetker, Strafe und Lohn. 155.
Ortloff, Unternehmerverbände. 156.
Rumpf, Gesetz und Richter. 73.
Sello, Hauptprozesse. 158.
Sörgel, Jahrbuch des Verwaltungsrechts. 159.
Staub, HGB. 308.
v. Staudinger, BGB. 5./6. Aufl. 310.
— Erbrecht, 3./4. Aufl. 160.
Vaillant, Forstrügeverfahren. 157.
Verhandlungen des 29. Juristentages. 75.
Zeitschrift für Sexualwissenschaft. 79.

Digitized by Google

Abhandlungen und Entscheidungen.

1. Bürgerliches Gesetzbuch.

Aktivlegitimation der Frau zur Klage auf Pachtzinsen. 14.

Anfechtung der Verf. über Schiedsgutachterernennung. 18.

Ehe. Regelung des Verkehrs mit dem Kinde. 245.

Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft. Anwendung des § 29 BGB. 99.

Gesamthypothek. Verteilung auf einzelne Grundstücke. (§ 1132 Abs. 2 BGB.) Zustimmung der Eigentümer (§ 27 Abs. 1 GBO.) bei Löschung. 227.

Gute Sitten bei Pachtzinsen als Vertragsstrafe. 17.

Kinder. Regelung des Verkehrs nach § 1636 BGB. 245.

Pachtzinsen als Vertragsstrafe. 14.

Schiedsgutachterernennung durch Gerichte. 18.

Taxatoren sind im Zweifel Schiedsgutachter. 18.

Testament. Eröffnung eines widerrufenen T. 148.

Unterlassungsklage bei übler Nachrede. 96.

Verkehr mit dem Kinde nach § 1636 BGB. 245.

Verteilung einer Gesamthypothek. 227.

Vormundschaftsrichter. Regelung des Verkehrs nach § 1636 BGB. 245.

2. Nebengesetze z. BGB.

a) Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Entscheidungen in Angel. der freiw. Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Siehe Anlageband.

Rabattsparverein kein Idealverein 140.

Registergericht. Befugnis zur Bestellung eines Vorstands in dringenden Fällen. 99.

Testament. Eröffnung eines widerrufenen T. 148.

Vereinsregister. 140, 143.

Vormundschaftsgericht. Unzulässigkeit der Uebertragung von Anordnungen nach § 627 ZPO. auf das Vormundschaftsgericht. 153.

Vormundschaftsrichter. Regelung des Verkehrs nach § 1636 BGB. 245.

Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb eines Vereins. 140, 143.

b) Grundbuchordnung.

Auflassung nach Uebergang des Eigentums auf Dritte. 43.

Gesamthypothek. Löschung von Teilbeträgen. Zustimmung der Eigentümer (§ 27 Abs. 1 GBO.). 227.

Grundbuchberichtigungszwang. Abhandl. v. Landgerichtsrat Steinhäuser in Greiz. 81.

Grundbuchrichter. Prüfung der Rechtsfähigkeit des einzutragenden Gläubigers. 241.

Hypothekbestellung für einen Spar- und Vorschußverein. 241.

Löschung bei verteilter Gesamthypothek. 227.

Unzulässige Eintragung (§ 54 Abs. 1. Satz 2 GBO.). 241.

Digitized by Google

3. Genossenschaftsrecht.

Anwendung des § 29 BGB. auf Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. 99.
Beschränkung der Zahlungspflicht der Genossen nach Konkurseröffnung auf rückständige Einlagen. 99.
Erfordernisse der Konkurseröffnung bei der Wirtschaftsgenossenschaft. 99.
Rechtswirksamkeit des Beschlusses über die Auflösung der Genossenschaft trotz Nichteintragung in das Genossenschaftsregister. 99.

4. Zivilprozeßordnung.

Ablehnung eines Schiedsrichters. 237.
Anordnungen nach § 627 ZPO. sind ausschließlich vom Prozeßgericht zu treffen. 153.
Armenrecht der Frau in Ehesachen. 39.
Arrestgrund für Individualansprüche bei Gläubigerkonkurrenz. 29.
Berichtigung eines Schiedsspruchs. 237.
Eideszuschiebung. Ist auf sie einzugehen, wenn die Partei selbst erklärt hat, sie könne bez. des Eidesthemas etwas Bestimmtes nicht behaupten? 230.
Gerichtsstand der Gewerkschaft. 36.
Gläubigerkonkurrenz ein Arrestgrund für Individualansprüche. 29.
Herausgabe von Kindern. 232.
Klage eines Zessionars einer Gewerkschaft. 36.
Partei. Reisekostenvorschuß bei angeordneter Untersuchung. 255.
Pfändung. Gegenstand der Pfändung. Abhandl. v. du Chesne, Landrichter in Leipzig. 1.
Prozeßgericht. Anordnungen nach § 627 ZPO. 153.
Reisekostenvorschuß für die Partei. 255.
Schiedsgutachten. Zuziehung der Parteien. Kosten. 248.
Schiedsspruch. Zulässigkeit der Berichtigung. 237.
Schiedsrichter, Ablehnung. 237.
Sicherheitsleistung. Wann ist die Veranlassung für sie nach § 109 ZPO. weggefallen? 245.
Unzulässigkeit der Uebertragung von Anordnungen nach § 627 ZPO. auf das Vormundschaftsgericht. 153.
Verjährung bei einem Werkvertrag. 248.
Versäumnisurteil. 248.
Vollstreckung eines Titels auf Auflassung nach Uebergang des Eigentums auf Dritte. 43.
Vorschuß des Mannes an die Frau in Ehesachen. 39, 255.
Werkvertrag, Verjährung. 248.
Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Kindern. 232.

5. Konkursrecht.

Gläubigerausschuß. Bedeutung der Genehmigung nach § 133 Ziff. 2 KO. 99.
Konkurseröffnung. Beschränkung der Zahlungspflicht der Genossen auf rückständige Einlagen. — Erfordernisse bei Wirtschaftsgenossenschaft. — Unzulässigkeit nach Verteilung des Vermögens der Genossenschaft. — Zulässigkeit bei Vorhandensein nur eines Gläubigers. 99.
Konkurseröffnungsbeschluß. Es kommt ihm absolute Rechtskraft zu. Auch Dritte, die nicht zu seiner Anfechtung im Beschwerdewege berechtigt waren, müssen ihn trotz Mangels der Konkursvoraussetzungen gegen sich gelten lassen. 99.
Konkursrichter. Keine Nachprüfung der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit. 99.

Digitized by Google

Konkursverwalter. Auf rückständige Beiträge von ihm verklagte Genossen. 99.
— Rückständige Einzahlungen auf den Geschäftsanteil (Einlagen) kann er im ordentlichen Rechtsweg einfordern. 100.
Rechtskraft des Konkurseröffnungsbeschlusses. 99.
Vermögensübersicht. Ihre Vorlegung bildet kein formelles Erfordernis der Konkurseröffnung. 99.
Zahlungsunfähigkeit. Keine Nachprüfung durch den Konkursrichter. 99.

6. Landeszivilrecht.

a. Großh. S.-Weimar.

Besteuerung ausländischer Arbeitsvergütung als Aufsichtsrat. 27.
Ueber die Zeit der Polizeistunde. Abhandl. v. Amtsgerichtsrat Hansen in Ilmenau. 300.

b. Herzogt. S.-Meiningen.

Stockwerkseigentum. 11.

c. Herzogt. S.-Altenburg.

Enteignung nach dem Fluchtliniengesetz v. 25./11. 1897. 106.
Schiedsgutachterernennung durch Gerichte (§ 4 AG. z. FG.). 18.
Stempel für Abschriftbeglaubigung. 41.

d. Herzogt. S.-Coburg u. Gotha.

Können die Erben des Grundstückseigentümers durch landesrechtliche Vorschrift auch gegen ihren Willen als neue Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden? Abhandl. v. Amtsrichter Busch, Gotha. 92.
Einkommensteuer. Heranziehung eines Reichsbeamten im Auslande. 298.
Gebühren für gerichtliche Verwahrung notarieller Testamente. 34.
Kompetenzkonflikt. 274.
Realgewerbeberechtigung. Zulässigkeit des Rechtswegs über deren Bestehen. 274.
Steuerliche Behandlung der für den Hausbedarf und das Wirtschaftspersonal verwendeten Naturalien eines Guts. 785.
Stimmzettel. Zeitpunkt für deren Vernichtung. 279.
Verwaltungsschutz. Klage auf ihn, wenn die Verwaltungsbehörde solchen aus anderen Gründen als wegen mangelnden öffentlichen Interesses ablehnt. 279.
Volksschullehrer. Wählbarkeit in den Gemeindeausschuß. 279.
Wahl. Hinlängliche Bezeichnung des Kandidaten. 279.
Weg, Schaffung eines öffentlichen. Uebernahme der öffentlich-rechtlichen Wegeunterhaltungslast. 287.

7. Strafrecht.

Aergerniserregung bei Tierquälerei. 139.
Beleidigender Zeitungsartikel. Bestrafung nach § 185 oder 186 StGB.? Grundsätzliches zur Anwendung des § 193 StGB. Form und begleitende Umstände. 268.
Eventualdolus des Redakteurs bei § 20 des Preßgesetzes. 53.

Digitized by Google

Fahrlässigkeit bei Tierquälerei. 137.
Fahrräder. Verbot des Fahrens und Führens auf bestimmten Wegen. 259.
Formaldelikt, § 85 des S.Weimar. Einkommensteuergesetzes. 262.
Geraer Ortsstatut über Plakatwesen gültig? 45.
Gewerbliche Betriebe. Zulässigkeit der Benutzung von Dampfpfeifen und sonstigen Schallinstrumenten zum Signalisieren. 57.
Gültigkeit von Polizeiverordnungen, die Dampfpfeifen verbieten. 57.
Hundebellen als Lärm. 127.
Kenntnis beim Strafantrag. 51.
Kinder. Beschäftigung bei öffentlichen Schaustellungen (§ 6 des Kinderschutzgesetzes). 257.
Konkurrenz bei Streikvergehen und Nötigung. 55.
Lärm durch Hundebellen. 127.
— durch Dampfpfeifen und sonstige Schallinstrumente. 57.
Legitimationskarte, Strafbarkeit des Inhabers nach § 44 a GO. 273.
Mitredakteur als Einsender. 53.
Nötigung und Streikvergehen in Konkurrenz. 55.
Oeffentliche Vereinsversammlung. 131.
Polizeistunde in S.-Weimar. 300.
Polizeiverordnung. Grenzen des richterlichen Prüfungsrechts. 259. — Widerspruch zu § 360 Ziff. 11 StGB.? — Richterliche Prüfungspflicht? 57.
Preßgesetz, zu § 20 Abs. 2 und § 21 Abs. 2. 53.
Redakteur, Eventualdolus. 53.
Ruhestörender Lärm. 127.
Sachbeschädigung. Feststellung des Vorsatzes, wenn Fahrlässigkeit beim einfachen Schlagen eines Tieres oder Tierquälerei naheliegt. 137.
Schaustellungen, öffentliche, fallen unter § 6 des Kinderschutzgesetzes. 257.
Strafantrag, Kenntnis. 51.
Streikvergehen und Nötigung in Konkurrenz. 55.
Tierquälerei. 137. 139.
Verbot von Dampfpfeifen. 57.
Vereinsversammlung, öffentliche. 131.
Vorsatz bei Erregung von Lärm. 127.
— bei Sachbeschädigung. 137.
Wahrnehmung berechtigter Interessen bei geheimen Wahlen. 49.
Weg, Begriff des öffentlichen. 259.
Zeitungsartikel, beleidigender. 268.

8. Kosten (Gebührenordnungen, Gerichtskosten).

Beweisgebühr des Rechtsanwalts bei Schiedsrichterernennung. 233.
— nach § 65 RAGO. 265.
Kosten eines Schiedsgutachtens. 248.
Vergleiche ändern nicht die Kostenentscheidungen. 31.
Vorschuß des Mannes an die Frau in Ehesachen. 39. 255.

9. Strafprozeß.

Rechtshilfe. Ersuchen um Befragung des Angeklagten wegen Antrags nach § 232 StPO. 133.
Revision. Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist zur Anbringung der Revisionsanträge. 60.
Wiedereinsetzung. Komplikation in der Frage der Revisionszulässigkeit durch Wiedereinsetzungstatbestand. 60.
Wiedereinsetzungsfrist, Beginn. (§ 431 Abs. 4 StPO.) 136.
Wiedereinsetzungsgrund bei Unkenntnis von dem vorzeitigen Schluß der Bureaustunden. 266.

Digitized by Google

Verzeichnis der Einsender.

Busch, Amtsrichter, in Gotha. Können die Erben des Grundstückseigentümers durch landesrechtliche Vorschrift auch gegen ihren Willen als neue Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden? Zur Frage der Gültigkeit des Art. 23 Cob.-Goth. Gesetzes vom 23./10. 1899. 92—95.

du Chesne, Landrichter, in Leipzig. Der Gegenstand der Pfändung. 1—10.

Francke, W. Ch., OLGRat. a. D. in Hannover. Bücherbesprechungen. 73—79 u. 155—157.

Münzel. Bücherbesprechung. 157, 158.

Porzig, Reichsgerichtsrat in Leipzig. Bücherbesprechungen. 308—310.

Sammer, OLGRat. in Jena. Entscheidungen des Kompetenz-Konflikts-Gerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofs für die Herzogtümer S.-Cob. u. Gotha. 274—300. — Bücherbesprechungen. 158—160 und 310—312.

Schmid, Dr. F., AGRat, in Jena. Aus amtsgerichtlicher Praxis. 140 bis 155. Bücherbesprechung. 80.

Steinhäuser, LGRat., in Greiz. Ueber den Grundbuchberichtigungszwang. 81—92.

Digitized by Google

Abhandlungen, Besprechungen von Rechtsfällen ꝛc.

Der Gegenstand der Pfändung.

Von Landrichter du Chesne in Leipzig.

Die Möglichkeit eines Zwangsvollstreckungszugriffs hängt ab von der Beschaffenheit des Zugriffswerkzeugs und des Zugriffsgegenstandes. Es ist denkbar, daß ein seiner Beschaffenheit nach dem Zwecke der Zwangsvollstreckung entsprechender Gegenstand nicht gepfändet werden kann, weil die gesetzlichen Mittel und Werkzeuge des Zugriffs auf ihn nicht eingestellt werden können. Dies liegt besonders nahe, wenn ältere Zugriffsmittel gegenüber rechtlichen Neubildungen zur Anwendung gebracht werden sollen, insbesondere wenn die älteren Zwangvollstreckungsvorschriften der Zivilprozeßordnung auf das neue bürgerliche Recht anzuwenden sind. Im folgenden soll derartigen Erscheinungen einmal nachgegangen werden.

Gegenstände der Zwangsvollstreckung sind die dem Schuldner gehörigen, sein Vermögen bildenden Sachen und Rechte, soweit sie einen Geldwert haben, der dem Gläubiger zugewendet werden kann. Von den Sachen kommen wesentlich nur die im Eigentum des Schuldners stehenden in Betracht, nicht die, an denen er nur andere dingliche Rechte hat. Denn die letzteren stehen im Eigentum eines Dritten, der nicht Schuldner ist; ein Zugriff auf sie würde daher einen ungerechtfertigten Eingriff in das Vermögen des Dritten bedeuten. So ist es also wohl das Eigentumsrecht, das den Gegenstand der Pfändung bildet? Denken wir uns, der Schuldner höbe einen vom bisherigen Eigentümer aus Uebermut derelinquierten wertvollen Spazierstock mit der seiner wirklichen Absicht entsprechenden Erklärung auf, er wolle sich diesen Stock zwar nicht aneignen, aber ihn, da er ja doch niemand gehöre, für sich benutzen, indem er sich, da ihm das Gehen zur Zeit beschwerlich falle, darauf stütze. Nun ist wohl soviel gewiß, daß die geringste Handlung, die eine Ausschließung

Digitized by Google

anderer von dem Zugriff auf den Stock bedeuten würde, dessen Aneignung tatsächlich enthalten würde. Andererseits dürfte meines Erachtens in dem bloßen zeitweiligen Benutzen einer herrenlosen Sache noch keine Eigentumserwerbshandlung liegen. Gesetzt nun, der vom Gläubiger mit der Pfändung beauftragte Gerichtsvollzieher käme gerade dazu, wie der Schuldner den Stock aufhöbe; würde er durch Pfändung des Stockes ein gültiges Pfandrecht begründen? Nähme man an, ein solches könne nur an dem Schuldner eigentümlich gehörigen Sachen begründet werden, so müßte man die Frage verneinen. Aber man müßte meines Erachtens die Gültigkeit der Pfändung damit verteidigen können, daß man sagte: Freilich ist der Schuldner noch nicht Eigentümer des Stockes, dieser ist vielmehr noch herrenlos; aber der Schuldner hat tatsächlich die volle Gewalt über die Sache und kann sie jederzeit durch einfache Willensbetätigung in das Vollrecht, das Eigentum verwandeln. Die Sache muß daher, obwohl sie noch nicht sein Eigentum ist, doch bereits als zu seinem Vermögen gehörig angesehen werden. Hat ja doch, wie ich an anderer Stelle entwickelt habe[1]), der Begriff des Vermögens nicht nur rechtliche, sondern auch eine darüber hinausgehende wirtschaftliche Bedeutung, so daß auch aus diesem Gesichtspunkte der Einbeziehung wirtschaftlicher, nur rechtsähnlicher Gewaltverhältnisse unter den Vermögensbegriff nichts entgegenstehen dürfte. Hiernach liegt bereits die Annahme nahe, daß es nicht das Eigentumsrecht ist, gegen das die Zwangsvollstreckung sich richtet.

Dazu kommt weiter folgende Erwägung. Eigentum ist die rechtlich gewährleistete volle Sachherrschaft. Die Sache bietet dem Rechtsträger, in dessen Gewalt sie sich befindet, eben dadurch wirtschaftliche Vorteile. Deshalb wird ihm die Gewalt über die Sache ja gerade gewährleistet. Das Eigentumsrecht ist demnach das Mittel, durch das die wirtschaftlichen Vorteile der Sache an die Person des Rechtsträgers gebunden werden; bildlich ausgedrückt: es ist das Behältnis, das ihm den Besitz der Sache sichert, die Mauer, die die Sache gegen Eingriffe Dritter abschließt. Beide müssen daher zwar vom Pfändungszugriffe durchbrochen werden, sind aber nicht der Gegenstand des Zugriffs. Dieser ist vielmehr allein die Sache. Der Tauschwert der Sache ist es, den der Gläubiger zur Befriedigung wegen seiner Forderung verwenden will; zu diesem Zwecke wird ihm vom Gesetze der (prozessuale) Anspruch verliehen, Veräußerung der

1) HessRspr. 08, 30 ff.

Digitized by Google

Sache und Auszahlung des Erlöses in Höhe seiner Forderung an ihn verlangen zu können. Nicht das Recht auf die Sache, das Eigentum, bildet also den Gegenstand der Zwangsvollstreckung, sondern die Sache selbst als Rechtsgut; gerade die Eigenschaft der Sache, wegen deren sie an die Person des Schuldners — abgesehen vom Gebrauchswerte — gebunden war, nämlich ihr Tauschwert, ist es, die jetzt zur Trennung dieses Bandes im Interesse des Gläubigers führt. Dieser Tauschwert wohnt aber der Sache nicht im Hinblick auf die Person ihres Eigentümers, sondern gerade im Hinblick auf den Uebergang aus einer Eigentumssphäre in die andere, also auf den Rechtsverkehr, bei.

Die Sache ist demnach das vermögensrechtliche Rechtsgut — im Unterschiede von den persönlichen Rechtsgütern (Leben, Freiheit, Ehre, usf., siehe dazu meine Ausführung in PosMSchr. 07, 2 ff.); ist sie aber das einzige? Im natürlichen Sinne wohl; denn alles was außerhalb des von der Rechtsordnung anerkannten Rechtsträgers vorhanden und seiner Herrschaft zugänglich ist, ist Sache[1]), und was außerhalb der menschlichen Herrschaftssphäre liegt, kommt für den Rechtsverkehr nicht in Betracht. Aber es kann Sachen im Rechtssinne geben, die nicht mit den Sachen im natürlichen Sinne zusammenfallen, auch nicht bloß auf der Zusammenfassung natürlicher Sachen beruhen. Dies können nach dem Gesagten freilich nur rechtlich konstruierte, gedachte Sachen sein. Solche Sachen, die Rechtsgüter ebensogut sind, wie die natürlichen Sachen, und die man deshalb eigentlich nicht als Rechte, sondern, analog der Bezeichnung juristische Personen, als juristische Sachen bezeichnen müßte, glaube ich in der Grundschuld und der dinglichen Seite der Hypothek nachgewiesen zu haben (DNotV. 07, 526 ff. und Verw.); auch das Vertragspfand an beweglichen Sachen zeigt Anklänge. Außer Betracht bleiben die Inhaberpapiere usw., die nur der Form nach Sachen, dem Wesen nach aber Forderungen sind. Für die Pfändung solcher juristischer Sachen ergibt sich nun folgendes.

Die Pfändung durch Wegnahme scheidet aus, da man gedachte Sachen nicht wegnehmen kann; die über diese Rechte gebildeten Briefe sind selbst Sachen, verkörpern aber nicht die Rechte, sondern sind im Verhältnisse zu ihnen Nebensachen. Bleibt also nur die andere Form der Pfändung, die Anspruchspfändung übrig. Bei der Hypothek ergeben sich in der Anwendung dieser Pfändungsform keine Schwierig-

1) Sachen in natürlichem und wirtschaftlichem, nicht aber im Rechtssinne sind auch Früchte auf dem Halme.

Digitized by Google

keiten, weil die dingliche Seite der Hypothek nicht ohne die Forderung gepfändet werden kann. Bei der Grundschuld handelt es sich zwar nur noch um eine gedachte Sache; aber es sind doch immer noch zwei Beteiligte vorhanden; der, dem der teilweise Tauschwert des Grundstücks als Berechtigtem zusteht, also der Grundschuldberechtigte, und der, dem das Grundstück gehört, in das die Zwangsvollstreckung zur Realisierung des übertragenen Tauschwerts vorgenommen werden kann. Freilich hat es keinen rechten Sinn mehr, dem Grundstückseigentümer zu verbieten, an den Grundschuldberechtigten zu leisten, da diese Leistung nur im passiven Geschehenlassen einer staatlichen Liquidation des Grundrechts besteht, also gar nicht einmal einer privatrechtlichen Verpflichtung entspricht[1]), und er gegen diese Liquidation gar nichts tun kann. Immerhin ist doch mindestens noch eine tatsächliche Beziehung zwischen zwei Rechtsträgern vorhanden, die wenigstens äußerlich die Anwendung der Forderungspfändung gestattet, wenn sie auch auf den Inhalt des Pfandgegenstands gar nicht mehr recht passen will. Aber auch die gewöhnliche Forderungspfändung versagt völlig bei der Eigentümergrundschuld. Hier fehlt selbst die äußere Beziehung zweier Personen zueinander, und ein Leistungsverbot hat keinen Sinn, weil eine Leistung — durch Geschehenlassen der Zwangsversteigerung — überhaupt nicht in Frage kommt (§ 1197 BGB.). Es bleibt daher nur das Verfügungsverbot an den Inhaber der Eigentümergrundschuld übrig. Das ist aber nur noch scheinbar ein letztes Ueberbleibsel eines Forderungspfändungsaktes; in Wirklichkeit ist es eine Beschlagnahme der gedachten Sache in der Art der Beschlagnahme des Grundstücks im Zwangsversteigerungsverfahren, also überhaupt keine Pfändung im landläufigen Sinne mehr, sondern noch nur ein zur Verhinderung des Unmöglichwerdens des Anspruchs erlassenes Veräußerungsverbot (§ 23 ZVG.) Dieses Veräußerungsverbot weist überdies noch die Merkwürdigkeit auf, daß es, da es den Vorschriften über Pfändung einer Hypothek unterfällt (§§ 857, 830 Abs. 2 ZPO.), nicht einmal, wie die übrigen richterlichen Veräußerungsverbote, auch außerhalb des Grundbuchs wirkt, sondern zu diesem Zwecke erst noch eingetragen werden muß (§§ cit.). Hier wird der Pfändungsgegenstand durch den zivilprozessualen Pfändungsakt überhaupt nicht mehr ergriffen, auch nicht in der Form, daß den Beteiligten, oder auch nur dem Schuldner die Verfügung über ihn unmöglich gemacht wird; vielmehr verschafft der Pfändungsbeschluß dem Gläubiger

1) S. m. Ausf. in ZBlFG. 7, 501 ff.

Digitized by Google

erst die Voraussetzung dazu, durch Bewirkung der Eintragung ein wirkliches Pfandrecht zu erlangen. Und die Unzulänglichkeit dieser Regelung steigert sich noch, wenn die Eigentümergrundschuld zwar entstanden, aber noch nicht für den Eigentümer eingetragen ist. Diese Art der Zwangsvollstreckung ist denn auch ein Hauptkreuz des praktischen Juristen. Die Schwierigkeit rührt aber offenbar daher, daß das Pfändungsmittel nicht mehr auf den Gegenstand der Pfändung paßt; das Mittel ist auf den Gegenstand „Forderung" zugeschnitten und soll einen Gegenstand nach dem Schema „Sache" ergreifen.

Gehen wir noch einen Schritt weiter, so stoßen wir auf Rechtsgüter, die überhaupt keine eigene Rechtsform mehr haben und sich nur noch unter prozessualem Schutze im Rechtsleben halten können; ich nenne nur die im Zwangsversteigerungverfahren befangenen, durch den Zuschlag erloschenen Grundrechte, und das Vermögen im wirtschaftlichen Sinne[1]). Beide sind wirtschaftliche Werte, Rechtsgüter, die jedoch privatrechtliche Formen nicht haben. Sollten sie aber solche erhalten, so könnten dies nur sachähnliche Formen sein; sie müßten juristische Sachen in dem oben behandelten Sinne werden. Keinesfalls könnten sie als Forderungen konstruiert werden. Für die Grundrechte habe ich dies bereits an anderer Stelle zu erweisen gesucht[2]); es folgt auch, wenn das oben über das noch bestehende Grundrecht Gesagte richtig ist, unmittelbar aus diesem, da sich ein dingliches, sachähnliches Recht nicht durch den Verlust seiner Rechtsform in einen obligatorischen Anspruch verwandeln kann. Daß das Vermögen als wirtschaftlicher Wert, wenn es für den Rechtsverkehr in Betracht kommt, nicht wohl als obligatorische Forderung gedacht werden kann, vielmehr einen absoluten, negatorienähnlichen Schutz erfordert, glaube ich ebenfalls bereits dargetan zu haben[3]). Was nun die Pfändung dieser wirtschaftlichen Werte anlangt, so scheidet eine solche für das Vermögen überhaupt aus, weil hierfür die gewöhnliche Zwangsvollstreckung bezw. die Beschlagnahme im Konkursverfahren gegeben ist und ausreicht. Selbstverständlich aber ist, daß, wenn Pfändung des Vermögens als wirtschaftlichen Wertes möglich wäre, sie nicht in der Pfändung des auch zum Schutze des Vermögens dienenden negativen Feststellungsanspruchs[4]) würde bestehen können. Denn ein

1) S. m. Ausf. in HessRspr. a. a. O.; PosMSchr. 07, 2 ff. und Verw.
2) S. m. Ausf. in DNotV. 07, 526 ff. und Verw., SeuffBl. 05, 513 ff.
3) HessRspr. a. a. O.
4) PosMSchr. a. a. O.

Digitized by Google

rein prozessualer Anspruch entzieht sich der Pfändung schon wegen dieser seiner Natur. Dasselbe gilt für die oben erwähnten molluskenhaften Gebilde der Erlöswerte aus erloschenen Grundrechten, die auf die Liquidierung innerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens angewiesen sind und nicht mehr in den Rechtsverkehr zurückgelangen können [1]). Der sie schützende prozessuale Anspruch an das Zwangsversteigerungsgericht auf Zuteilung aus dem Erlöse des versteigerten Grundstücks bietet keine Handhabe für die Pfändung, denn er ist nicht obligatorischer Natur. Bleibt also wiederum, wo in der Person des Erlösberechtigten und des Grundstückseigentümers zwei Beteiligte vorhanden sind, die oben behandelte rein äußerliche Anwendung des Schemas für die Forderungspfändung; wo aber auch diese Beziehung fehlt, wie bei einer in ein solches Erlösrecht bezw. einen solchen wirtschaftlichen Wert übergegangenen Eigentümergrundschuld, da muß wieder das oben beschriebene rudimentäre Verfügungsverbot aushelfen. Während dies jedoch in dem oben behandelten Falle noch immer zur Eintragung der Pfändung und damit erst zur wirklichen Pfändung der Eigentümerbuchgrundschuld führen konnte, fehlt hier, weil das Recht als Grundrecht erloschen und deshalb im Offizialwege zu löschen ist, auch diese Möglichkeit, so daß hier das Pfändungsmittel überhaupt versagt. Und würde man nicht annehmen, daß das Zwangsversteigerungsgericht kraft seiner Offizialpflicht genötigt wäre, solche Zugriffsversuche auf den Erlöswert von Amts wegen zu beachten, so wäre das Verfügungsverbot erfolglos, da es zu einem privatrechtlich wirksamen Zugriffe (Eintragung eines Pfandrechts) nicht führen könnte und eine Pfändung des prozessualen Anspruchs des ehemaligen Inhabers der Eigentümergrundschuld an das Zwangsversteigerungsgericht wegen der erörterten Natur dieses Anspruchs nicht möglich wäre. Hier ist meines Erachtens der Punkt, wo Pfändungsmittel und Pfändungsgegenstand so ungleichartig werden, daß ein wirksamer Zugriff nur noch durch Hereinziehung eines dritten Elementes, der Offizialpflicht der mit der Liquidation des Pfändungsgegenstands befaßten Behörde, als Bindemittels ermöglicht werden kann.

Bisher hatten wir es mit der rechtlich gewährleisteten Herrschaft über Sachen und sachenähnliche Rechtsgebilde (Rechtsgüter) als Gegenständen der Pfändung zu tun; weiterhin wird von der Pfändung rechtlich geschützter Willensbeziehungen zwischen zwei Rechtsträgern zu handeln sein. Allein während wir oben als den

1 PostMSchr. a. a. O

Digitized by Google

Gegenstand des Zugriffs das der rechtlich gewährleisteten Herrschaft unterliegende Rechtsgut erkannten, liegt hier die Sache anders. Freilich haben auch die rechtlich geschützen Willensbeziehungen zwischen zwei Rechtsträgern, soweit sie zur Befriedigung wegen einer Geldforderung verwendbar sind, vermögenswerte Sachen (einschließlich Geld) zum Gegenstande. Aber der Wille des Berechtigten ist für sie nur maßgeblich vermittels des rechtlich gebundenen Willens des Verpflichteten [1]). Der Wille des Berechtigten, von dem Verpflichteten vermögenswerte Sachen zu erlangen, kann aber zum unmittelbaren Gegenstande des Zugriffs nur werden, wenn er mit der rechtlichen Garantie ausgestattet ist, daß er zur Erlangung der Sachen auch wirklich führen kann; anderenfalls hat er überhaupt keinen Vermögenswert, auch keinen mittelbaren. Die Pfändung einer Willensbeziehung ohne Rechtszwang wäre zwecklos. Erwies sich also bisher das subjektive Recht als zu beseitigendes Hindernis für den Zugriff, so wird es hier umgekehrt Voraussetzung für den Zugriff, weil Träger des unmittelbaren Vermögenswertes. Ob der Grund der Willensbeziehung, des Anspruchs, Vorenthaltung der Sachherrschaft ist oder nicht, ob demnach der Anspruch auf deren Wiederherstellung oder erstmalige Herstellung geht, ist dabei gleichgültig.

Ein Wille, auch ein rechtlich gewährleisteter — Wille immer im Sinne von Wollendürfen oder Interesse [2]) — kann nun nicht ergriffen werden wie eine Sache; ihm kann nur dadurch beigekommen werden, daß jedem zuwiderlaufenden Willen seine sonstige gesetzliche Wirksamkeit entzogen wird. Dies geschieht durch die gesetzlichen Verbote an die Anspruchsparteien. Sie können ihrem Zwecke nach nur erlassen werden, wenn bereits eine rechtlich gewährleistete Willensbeziehung besteht, nicht schon, wenn sie nur möglicherweise künftig zur Entstehung gelangen wird (s. m. Ausf. in BayRpflZ. 07, 165 ff.); solange nicht ein rechtlich geschützter Wille da ist, kann kein ihm zuwiderlaufender Wille eintreten, der der Lähmung bedürfte. Dagegen ist ein solcher Wille bereits da bei bedingten Forderungen aus Verträgen; bei ihnen ist demnach Raum für eine Lähmung zuwiderlaufender Willensbetätigungen (a. a. O.).

Nur scheinbar an diese Stelle gehört die Pfändung des Berichtigungsanspruchs. Der Berichtigungsanspruch ist ein aus der negatorischen Funktion des Eigentums durch das Grundbuchsystem

1) S. m. Ausf. in HessRspr. a. a. O.
2) S. dazu m. Ausf. in Gruchot 07, 509 ff.

Digitized by Google

entwickelter Hilfsanspruch [1]), ein negatorischer Anspruch, der infolge des Bucheintrags die Form eines Anspruchs auf Tun angenommen hat. Die Pfändung dieses Anspruchs ist nicht eine Pfändung in dem bisher behandelten Sinne, also nicht eine solche, die unmittelbar die Befriedigung aus ihrem Gegenstande bezweckt; sie ist vielmehr nur eine halbe Pfändung, eine solche, deren Zweck die Beschaffung der Voraussetzung für die endgültige Zwangsvollstreckung (durch Eintragung einer Zwangshypothek bezw. eines Pfändungsvermerks) ist. Erst mit der letzteren zusammen wird sie zur Vollstreckungspfändung im bisherigen Sinne. Daß sie neben diesem ihrem formellen Charakter materiell denjenigen eines Zugriffs auf das Eigentum selbst zum Zwecke der Ausübung einer einzelnen Funktion desselben hat, habe ich bereits im SächsArch. 14, 610 ff. ausgeführt. Eine solche, durch die Einrichtung des Grundbuchs herbeigeführte Auseinanderlegung der Zwangsvollstreckung in zwei Vollstreckungsakte ist nicht einzig dastehend; wir sind ihr bereits oben bei der Pfändung der Eigentümerbuchgrundschuld durch Verfügungsverbot und Eintragung begegnet. Sie ist da selbstverständlich, wo die Vollstreckung auf zwei Behörden verteilt ist.

Wie sich die Pfändung von Ansprüchen im Gegensatze zu der von Sachen nach der rechtlichen Konstruktion des Anspruchs richtet, ergibt auch die Zwangsvollstreckung in Inhaber- und Legitimationspapiere. Bei den Inhaberpapieren ist die mit der gesetzlichen Garantiewirkung bekleidete Rechtsform des Anspruchs die ordnungsmäßige Urkunde; weil die Form des Anspruchs die Urkunde, diese aber eine Sache ist, so ist die Form der Pfändung die Sachpfändung. Anders bei den Legitimationspapieren. Die in ihnen beurkundeten Rechte haben auch äußerlich die Form von Ansprüchen; die über sie errichtete Urkunde ist mehr oder weniger nur Beweisurkunde für den außerge-

---

1) Gegenüber Schopper im Recht 08 Nr. 2 S. 75 ff. möchte ich bemerken, daß ich in SächsArch. 14, 603 ff. den Vermögenswert des Berichtigungsanspruchs nicht bestritten habe. S. 606/607 a. a. O. ist gesagt: „daß er (der Berichtigungsanspruch) einen Vermögenswert im weiteren Sinne und abgesehen von der Zwangsvollstreckung hat, soll natürlich nicht geleugnet werden; aber auch andere Ansprüche haben solchen und können doch nicht gepfändet werden (actio mandati directa, actio conducti . . .)" Die Unmöglichkeit der Konstruktion Schoppers a. a. O. (Recht) ergibt sich meines Erachtens schon daraus, daß er den Berichtigungsanspruch für einen solchen auf Herausgabe des Besitzes am Buchrecht erklären muß (S. 76 „so besitzt sozusagen [!] der eingetragene Nichtberechtigte das Recht und der Berichtigungsanspruch geht auf Herausgabe dieses Buchbesitzes"). Die Ausführungen Schoppers über den Widerspruch fallen im wesentlichen mit den meinigen in SächsRpflA. 06, S. 289 ff., 291 zusammen.

Digitized by Google

richtlichen und gerichtlichen Beweis[1]). Diese Urkunden sind ebenso Nebensachen zu den Ansprüchen, wie wir oben die Hypotheken- und Grundschuldbriefe als Nebensachen zu den durch sie zur Erscheinung gebrachten „juristischen Sachen" erkannten; der Hypothekenbrief ist sogar Nebensache zu den miteinander verschmolzenen Bestandteilen der Hypothek, Anspruch und dingliches Recht (Sache). Für alle diese Fälle gibt daher die Anspruchsform des Rechts den Ausschlag für die Pfändungsart.

Haben wir bisher als Gegenstände der Pfändung Rechtsgüter und vermögenswerte Willensbeziehungen (Ansprüche) gefunden, so fragt sich, ob darüber hinaus noch ein Feld für die Pfändung vorhanden ist. Von ehelichem Güterrecht und Erbrecht ist im vorstehenden noch nicht die Rede gewesen; vielleicht liegen auf diesem Gebiete bemerkenswerte Gegenstände der Pfändung. Der Pflichtteilsanspruch bietet nichts Auffälliges; er unterliegt, wenn auch mit Beschränkungen (§ 852 ZPO.), der gewöhnlichen Anspruchspfändung. Wie steht es dagegen mit dem Rechte des Erben selbst? Solange der Erblasser lebt, hat der Erbe überhaupt kein Recht, sondern nur die Aussicht, möglicherweise einmal Rechte zu erlangen. Dasselbe gilt auch für den Vertragserben. Der bereits vorhandene Berufungsgrund (verwandtschaftliches Verhältnis, Testament, Erbvertrag) muß erst mit dem Tode des Erblassers zusammentreffen, ehe eine Berechtigung des Erben entsteht. Dann aber ist die Rechtslage des Erben diejenige, in der sich der Erblasser vor seinem Tode befand; der Nachlaß ist Vermögen des Erben. Nun haben wir schon oben gesehen, daß es Pfändung eines Vermögens nicht gibt; dort wie hier müssen Pfändung der Vermögensbestandteile bezw. Konkurs (Nachlaßkonkurs) aushelfen. Dasselbe gilt auch von der Nacherbschaft, die ihrem Wesen nach Erbschaft ist[2]); vor dem Tode des Vorerben besteht keine Berechtigung, die pfändbar wäre, nach ihm ist der Nacherbe Träger des nacherbschaftlichen Vermögens. Daß die Aussicht des Nacherben, Träger des nacherbschaftlichen Vermögens zu werden, nicht auf dem Willen seines unmittelbaren, sondern auf dem seines mittelbaren Rechtsvorgängers beruht, ändert an der rechtlichen Konstruktion nichts. Ebensowenig ändert es etwas, ob im Mangel eines letzten Willens das Gesetz selbst die Nachfolgeordnung vorschreibt, oder ob es die vom Erblasser aufgestellte Nachfolgeordnung als gültig anerkennt und schützt.

---

1) Ueber den außergerichtlichen Beweis s. m. Ausf. in DJZ. 03, 465 ff.
2) S. m. Ausf. in ZBlFG. 8, 534 ff.

Digitized by Google

So wenig man demnach die Rechtsstellung eines gesetzlichen Erben pfänden kann, so wenig kann man auch das Nacherbenrecht vor dem Tode des Vorerben pfänden[1]).

Aber man wird mir einhalten: Nach §§ 859, 860 ZPO. sei der Anteil eines Miterben am Nachlasse sowie der eines Beteiligten am ehelichen Gesamtgute nach Auflösung der Gemeinschaft pfändbar, und da das Recht des Miterben sich von dem des Alleinerben und Nacherben nicht wesentlich unterscheide, so folge daraus mindestens die Pfändbarkeit des Nacherbrechts. Damit würde zunächst insofern zuviel bewiesen sein, als es auch für die Pfändung des Alleinerbrechts gelten müßte. Aber der Satz beweist überhaupt nichts. Denn er betrifft den Anteil der bereits angefallenen Miterbschaft, nicht das Erbrecht vor dem Tode des Erblassers. Dann ist aber die Pfändung des Anteils nicht die Pfändung des rechnerischen Bruchteils des Gesamthänders am gemeinschaftlichen Vermögen, sondern nur die Pfändung des gesetzlichen Anspruchs des Gesamthänders gegenüber seinen Mitgesamthändern auf Auseinandersetzung des Gesamtvermögens. Dieser Anspruch ist ein regelrechter Anspruch ex lege, seine Pfändung weist deshalb Besonderheiten nicht auf.

Mir will nach alledem scheinen, als ob sich an einigen Stellen des Rechtssystems erhebliche Unstimmigkeiten zwischen Pfändungsmitteln der Zivilprozeßordnung und den Pfändungsgegenständen des materiellen Rechts ergäben, deren Ausgleichung bei einer Neugestaltung des Zivilprozeßrechts mit ins Auge zu fassen sein dürfte. Der von der bisherigen Rechtsentwickelung gewiesene Weg hierzu möchte in der stärkeren Ausgestaltung des richterlichen Verfügungsverbots (§ 857, 2 ZPO.) zu finden sein. Auch die Vereinfachung der Pfändung von Buchrechten durch Aufhebung ihrer Verteilung auf zwei Behörden würde meines Erachtens ein erstrebenswertes Ziel sein.

---

1) Ganz ähnlich verhält es sich, wie hier noch bemerkt werden mag, mit der Pfändbarkeit der sog. latenten Eigentümergrundschuld bei der Höchsthypothek; auch sie ist nur eine durch gesetzliche Bestimmung geschaffene Anwartschaft des Eigentümers auf den Wiederanfall der freiwerdenden Hyperocha der Hypothek. Näheres hierüber in einer demnächst in der BadNotZ. erscheinenden Abhandlung.

Digitized by Google

Entscheidungen.

Aus der Rechtsprechung der Thüringischen Gerichte.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts Jena.

Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.

1. Bürgerliches Recht und Verfahren.

1. Die Rechtsnatur des Stockwerkseigentums nach Meiningischem Partikularrecht. — Eine Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft findet bei bestehendem Stockwerkseigentum nicht statt.

B. ist grundbuchmäßiger Eigentümer der sogenannten unteren Hälfte des Wohnhauses Hausnr. 105 mit Hofraum und Nebengebäude im Stadtflur Schalkau, während die sogenannte obere Hälfte dieses Hauses einer gewissen O. gehört. Dies ist im Grundbuch für Schalkau in der Weise eingetragen, daß zunächst unter Hauptnr. 192 das Wohnhaus Hausnr. 105 als reell geteilt unter Hinweis auf die aus dem Handriß ersichtlichen Teile verzeichnet steht, und sodann unter den Hauptnrn. 193, 194 und 195 die untere Haushälfte, sowie das westliche und das östliche Viertel der oberen Haushälfte — die letzteren beiden in der Hand der O. vereinigt — gebucht sind. B. beantragte nun beim Amtsgericht Schalkau, als Vollstreckungsgericht, die Zwangsversteigerung des Wohnhauses zum Zwecke der Aufhebung der „Gemeinschaft". Dem wurde durch den Einleitungsbeschluß vom 26. März 1908 entsprochen. Auf Beschwerde wurde jedoch vom Landgericht und Oberlandesgericht der Antrag auf Teilungssubhastation zurückgewiesen. In den Gründen des oberlandesgerichtlichen Beschlusses ist ausgeführt:

Nach Art. 182 EG. z. BGB. bleibt das zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehende Stockwerkseigentum bestehen, und es bestimmt sich das Rechtsverhältnis der Beteiligten untereinander nach den bisherigen Gesetzen. Nach diesen beurteilt sich daher nicht nur die Frage, ob ein selbständiges Eigentum an den einzelnen Stockwerken oder Miteigentum der Stockwerkseigentümer am ganzen Gebäude oder ein aus geteiltem und ungeteiltem Miteigentum gemischtes Rechtsverhältnis anzunehmen ist, sondern auch die Frage, ob die Teilung zulässig ist oder nicht (vergl. von Staudinger BGB. Bd. 6 (EG.), Nr. 2c, S. 327f.).

Digitized by Google

Während nun das römische und mit ihm das gemeine Recht vermöge des von ihm festgehaltenen untrennbaren Zusammenhangs zwischen Grund und Boden und Gebäude nur eine Teilung des Eigentums am Gebäude in vertikaler Richtung anerkannte, hat sich mehrfach partikularrechtlich ein horizontal geteiltes Sondereigentum an den einzelnen Stockwerken, das sogenannte Stockwerkseigentum, eingebürgert. Zu den Staaten, in denen sich auf dem Boden des partikulären Gewohnheitsrechtes diese Rechtsentwickelung vollzog, gehört auch das Herzogtum Sachsen-Meiningen. Hier wurde von alters her, zumal im Oberland, das sogenannte Herbergsrecht, d. h. ein gesondertes Eigentum an einzelnen Stockwerken des Hauses im Rechtsverkehr angenommen. Mit ihm verband sich ein Miteigentum der Stockwerkseigentümer an denjenigen Räumen (Fluren, Treppen usw.), deren Mitbenutzung für sie unentbehrlich war (s. Unger, Handbuch des partikularen Privatrechts, Bd. 2 § 63 II 1a S. 26; Heimbach in Weiskes Rechtslexikon 9, 498 Anm. 201; Motive zum BGB. 3, 45; Habicht, Einwirkung des BGB., § 40 IIIA S. 397; von Staudinger, a. a. O. Nr. 2 zu Art. 131 S. 262; ThürBl. 33, 307; 38, 159). Durch dieses ungeachtet der Realteilung bestehen bleibende Miteigentum an den zum gemeinschaftlichen Gebrauch dienenden Räumen wurde aber das Alleineigentum an den einzelnen Stockwerken nicht berührt. Es war selbstverständlich, daß die horizontale Abteilung des Gebäudeeigentums ihre natürlichen Grenzen hatte. Sie ließ sich naturgemäß auch bezüglich des Grund und Bodens, der Hauptmauern, des Daches nicht durchführen. Dadurch wurde aber ebensowenig, wie durch die Gemeinschaftlichkeit der Zugänge (Flure, Treppen), das Sondereigentum der Stockwerkseigentümer an ihren Stockwerken ausgeschlossen. Die Hauptsache, der Kern des Rechtes der Beteiligten, blieb demungeachtet dieses Sondereigentum am Stockwerk. Das Miteigentum an den einzelnen Teilen bildete nur einen notwendigen Ausfluß jenes Sonderrechtes, oder, nach dem Sprachgebrauch des BGB. ausgedrückt, einen wesentlichen Bestandteil des Alleineigentums am Stockwerk (s. Habicht, a. a. O. IIIB 1a S. 404; SeuffA. 24 Nr. 239 S. 366 f.).

Daß das Meiningische Partikularrecht das Stockwerkseigentum als Sondereigentum auffaßte und nicht etwa als Miteigentum mit servitutarischen Sonderrechten an den einzelnen Stockwerken (vergl. Art. 131 EG. z. BGB.), ergibt sich — abgesehen von den erwähnten Literaturzeugnissen — auch aus der grundbuchlichen Behandlung. Diese ging dahin, daß zunächst unter einer Hauptnummer das Ge-

Digitized by Google

bäude im ganzen unter allgemeiner Bezeichnung der reellen Teile, in die es zerfiel, und unter Hinweis auf den dem Grundbuch beigefügten, die Teile ersichtlich machenden Handriß dargestellt, dann aber auch die einzelnen Realteile (Hälften usw.) unter je einer besonderen Hauptnummer eingetragen und unter Zugrundelegung des Handrisses beschrieben wurden. So ist auch bei dem hier fraglichen Wohnhause verfahren worden, das im Grundbuch ausdrücklich als nach Stockwerken „reell geteilt" bezeichnet wird. Damit wurde deutlich zum Ausdruck gebracht, daß es sich nicht um ein Miteigentum am ganzen Gebäude, sondern um selbständig nebeneinander bestehendes Alleineigentum an dessen Teilen handele. Dieser Gedanke beherrscht auch die hierher gehörigen Vorschriften der Instruktion für die Anlegung der Grundbücher vom 15. August 1872, die zwar keine Quelle objektiven Rechtes bildet, aber immerhin ein wichtiges Zeugnis über die partikularrechtliche Ausgestaltung des Stockwerkseigentums abgibt (s. §§ 50—53 daselbst). Demgegenüber kommt nicht in Betracht, daß zumeist im Grundbuch die Realteile nach Quoten des Ganzen bezeichnet sind. Diese Angabe weist nicht auf ein Bruchteilseigentum hin, sondern soll nur zur Beschreibung der Teile und zur Bestimmung des quantitativen Verhältnisses des einen Hausanteils zum andern dienen. Im vorliegenden Falle kommt dies klar dadurch zum Ausdruck, daß zunächst das Haus als ein in die aus dem Handriß ersichtlichen Räume (a, b usw.) reell geteiltes bezeichnet und nur in Klammern die Beschreibung: „sogenannte untere und obere Haushälfte" angefügt ist (vergl. SeuffA. 24 Nr. 239 S. 365).

Danach kommt die von dem Beschwerdeführer angezogene Vorschrift des Art. 131 EG. z. BGB. hier überhaupt nicht in Betracht. Sie betrifft das Miteigentum an einem Gebäude, das mit servitutarischen Sonderrechten an den einzelnen Stockwerken verbunden ist (uneigentliches Stockwerkseigentum), und macht für diese Rechtsform den Ausschluß der Teilung (§§ 749—751 BGB.) davon abhängig, daß das Landesgesetz sie vorschreibt. Hieraus ergibt sich, daß es sich im Art. 131 gar nicht um das als Sondereigentum an den einzelnen Stockwerken gedachte eigentliche Stockwerkseigentum handelt. Für dessen Beurteilung ist vielmehr allein Art. 182 EG. z. BGB. maßgebend. Es kann daher unerörtert bleiben, ob nicht auch, wenn man das Stockwerkseigentum des Meiningischen Partikularrechts als ein derartiges, besonders ausgestaltetes Miteigentum aufzufassen hätte, die Teilung ausgeschlossen wäre.

Digitized by Google

Jedenfalls ist bei dem nach Meiningischem Partikularrecht begründeten Sondereigentum der Stockwerkseigentümer an ihren Stockwerken für eine Teilung im Wege der Teilungssubhastation kein Raum. Denn es besteht überhaupt keine — bruchteilmäßige oder sonstige — Gemeinschaft am Gebäude als Ganzem, deren Zerlegung rechtlich denkbar wäre. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, daß — unbeschadet der Trennung der Eigentumssphären — einzelne Räume (wie der Hausflur, die Treppen usw.) und der Grund und Boden nebst den Hauptmauern, dem Dach usw. im gemeinschaftlichen Eigentum stehen. Denn deren Unteilbarkeit ergibt sich mit rechtlicher Notwendigkeit daraus, daß sie bloße Bestandteile des Sondereigentums an den Gebäudeteilen sind, dieses aber einer Teilung nicht unterliegt. Ob dieser Rechtszustand vom volkswirtschaftlichen und sozialen Standpunkt aus wünschenswert ist, ist hier nicht zu entscheiden. Denn die Erwägungen, die gegen die Aufrechterhaltung des Stockwerkseigentums sprechen (s. Motive 3, Bd. 45 f.; SeuffA. 47 Nr. 107), können jedenfalls nicht dazu führen, es da, wo nach dem Partikularrecht an seinem Fortbestand kein Zweifel ist, in ein Miteigentum umzudeuten. Zu einer solchen Umformung bedürfte es vielmehr des Eingreifens der einzelstaatlichen Gesetzgebung.

Nach alledem hat das Landgericht mit Recht den Antrag des Stockwerkseigentümers B. auf Teilungssubhastation (§§ 180 ff. ZwVG.) zurückgewiesen.

Beschluß des 2. Zivilsenats vom 16. Juni 1908, 2 W 43/08 (nach Meiningen).

2. Pachtzinsen als Früchte des eingebrachten Gutes der Ehefrau. — Gläubigerrecht des Ehemanns an den Pachtzinsen, die auf Grund eines von der Ehefrau mit seiner Zustimmung geschlossenen Pachtvertrags geschuldet sind. — Unter welchen Voraussetzungen ist **die Ehefrau** zur Einklagung dieser Pachtzinsen **aktiv legitimiert?** — Begriff und Wesen der Vertragsstrafe. — Inwiefern können Pachtzinsen, die bei vorzeitiger Aufhebung des Pachtverhältnisses bis zum Ablauf der vertragsmäßigen Pachtzeit weiter zu zahlen sind, als Vertragsstrafe gelten? — Gültigkeit einer Vertragsbestimmung über einen derartigen Verfall der Pachtzinsen. Surrogationsprinzip.

Digitized by Google

Die Klägerin verpachtete mit Zustimmung ihres Ehemannes laut schriftlichen Vertrags vom 23. Februar 1907 mehrere — zu ihrem eingebrachten Gut gehörige — Grundstücke bezw. Räume an die Beklagten für den jährlichen, in Vierteljahrsraten zu entrichtenden Pachtzins von 850 M. für die Zeit vom 1. April 1907 bis Ende März 1910. Da die Beklagten die erste, am 1. Juli 1907 fällige Pachtzinsrate nicht zahlten, wurde ihnen von der Klägerin das Pachtverhältnis gemäß § 10 des Vertrages gekündigt. Am 15. August 1907 räumten sie dann die Pachtgegenstände. Die Klägerin verklagte sie nunmehr auf Zahlung des Pachtzinses für das erste Pachtjahr (1. April 1907 bis 31. März 1908), und zwar stützte sie sich dabei auf die Bestimmung in § 10 des Pachtvertrags, wonach die Pächter — im Falle der Aufhebung des Pachtverhältnisses wegen unpünktlicher Zahlung des Pachtgeldes — „doch noch die volle Pacht für das laufende Pachtjahr entrichten" sollten.

Die Beklagten bemängelten die Aktivlegitimation der Klägerin mit der Begründung, daß den Klagegegenstand Früchte des eingebrachten Gutes bildeten und daher gemäß § 1383 BGB. das Gläubigerrecht und die Klagebefugnis allein dem Ehemanne der Klägerin zustehe.

Das Landgericht billigte diese Ansicht mit dem Hinzufügen, daß auch die Zustimmung des Ehemannes der Klägerin zur Prozeßführung die Aktivlegitimation der klagenden Ehefrau nicht begründen könne, und wies durch das am 8. Oktober 1907 verkündete Urteil die Klage ab.

Dagegen erachtete das Berufungsgericht den Klageanspruch aus folgenden Gründen für gerechtfertigt:

Nach § 1383 BGB. erwirbt der Ehemann die Nutzungen des eingebrachten Gutes in derselben Weise und in demselben Umfange, wie ein Nießbraucher. Zu diesen Nutzungen gehören nach §§ 99, Abs. 3, 100 BGB. auch die Pachtzinsen. Der Ehemann erwirbt sie kontinuierlich nach dem Verhältnis der Zeit, für die sie ihm gebühren. (§ 101 Ziff. 2 Satz 2 BGB.; Planck, BGB. Bd. 4 Nr. 1 a. E. zu § 1383 S. 154; v. Staudinger, BGB. Bd. 2 Nr. 2 a γ zu § 1068 S. 505 und Bd. 4 Nr. 5 a β zu § 1383 S. 215; Motive zum BGB. 3, 542; abweichende OLGRspr. 6, 267; 7, 40 — erst mit der Fälligkeit —). Hiernach hat im vorliegenden Falle an sich der Ehemann der Klägerin das Gläubigerrecht an den von den Beklagten nach dem Vertrag vom 23. Februar 1907 geschuldeten Pachtzinsen erlangt. Dabei begründet es keinen Unterschied, daß die Klägerin den Pachtvertrag abgeschlossen hat und

Digitized by Google

ihr daher die Vertragsrechte zustehen, denn der Ehemann erwirbt auch in diesem Falle das Gläubigerrecht an den Pachtzinsen auf Grund seines Nutznießungsrechtes unmittelbar kraft Gesetzes. Nur insofern tritt eine Verschiedenheit ein, als der Ehemann, wenn er selbst im eigenen Namen den Pachtvertrag abgeschlossen hat, den Anspruch auf die Pachtgelder sofort mit dem Abschlusse des Vertrages, nicht erst pro rata temporis, erwirbt (Planck a. a. O.; Staudinger Bd. 4 a. a. O.).

Die Folge dieser Gläubigerstellung des Ehemannes ist, daß zunächst nur er allein zur Verfolgung des Pachtzinsanspruchs aktiv legitimiert ist. Dem steht die Vorschrift des § 1400 Abs. 2 BGB. nicht entgegen. Denn sie erklärt die Ehefrau nur für befugt, ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht im Wege der Klage mit Zustimmung des Mannes geltend zu machen (vergl. § 1380 BGB.). Um ein solches Recht handelt es sich aber bei dem Anspruch auf die Pachtzinsen nicht. Vielmehr steht ein für den Mann aus seiner Nutznießung persönlich entspringendes Recht in Frage, dessen Verfolgung ihm allein vorbehalten ist (s. dazu Planck a. a. O. Nr. 12 zu § 1380 S. 150; v. Staudinger, ebenda, Nr. 2a S. 208; Recht 1901 S. 73, 257; OLGRspr. 2, 478; vergl. Motive zum BGB. 3, 542; Protokolle 3, 416; Gutachtliche Aeußerungen zum Entwurf des BGB. 3, 254). Ihre Legitimation zur Sache kann die klagende Ehefrau auch nicht aus der — unstreitigen — Zustimmung ihres Mannes zur Prozeßführung herleiten. Denn diese Zustimmung allein begründet noch kein Prozeßführungsrecht für die Ehefrau in Ansehung des ihr fremden Gläubigerrechtes. Daß sie keine Abtretung im Sinne des § 398 BGB. enthält, bedarf keiner Ausführung. Auch die Erteilung einer Vollmacht zur Prozeßführung kann in ihr nicht ohne weiteres erblickt werden (s. v. Staudinger, a. a. O. Nr. 3c zu § 1380 S. 208, Nr. 4 zu § 1400 S. 254; Planck, a. a. O. Nr. 4 zu § 1400 S. 178; RGZ. 60, 85ff.; Blätter für Rechtsanwendung 65 S. 154ff., 170). Daß bei der allgemeinen Gütergemeinschaft der Ehefrau die Befugnis zugesprochen wird, mit Zustimmung des Mannes die zum Gesamtgut gehörenden Rechte klageweise geltend zu machen, beweist nichts für das Gegenteil. Denn diese Folge ergibt sich aus der Rechtsnatur der allgemeinen Gütergemeinschaft, bei der die Ehefrau durch die Zustimmung des Mannes volles Verwaltungsrecht erlangt (siehe Gaupp-Stein, ZPO. Bd. 1 Nr. IV A.a 2 S. 157; Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 341).

Digitized by Google

Entscheidend ist vielmehr, daß die Klägerin den Pachtvertrag als Selbstkontrahentin mit Zustimmung ihres Mannes abgeschlossen hat. An sich bedurfte die Klägerin nach § 1399 Abs. 1 BGB. zum Abschluß des Pachtvertrages der Zustimmung ihres Mannes nicht (RGZ. 58, 36 ff.; RGSt. 35, S. 201 ff., 402 ff.). Durch seine Zustimmung erlangte aber der Pachtvertrag dem Manne gegenüber Wirksamkeit in Ansehung des eingebrachten Gutes. Darin erschöpft sich indes die Bedeutung der ehemännlichen Zustimmung im vorliegenden Falle nicht. Nach § 8 des Pachtvertrages ist das Pachtgeld an die Verpächterin zu zahlen. Dieser stehen auch alle sonstigen aus dem Vertrag abfließenden Rechte, wie die Kündigungs- und Rücktrittsbefugnis (§ 10 des Vertrags) zu. Zu dem so ausgestalteten Vertrage aber hat der Ehemann der Klägerin unstreitig seine Zustimmung erteilt. Dies läßt keine andere Auslegung zu, als daß er seiner Ehefrau, wie das Recht zur Erhebung der Pachtzinsen, so auch die Befugnis zu deren klageweiser Verfolgung einräumte. Mag man nun in dieser Regelung ein Inkassomandat oder die Einräumung einer formellen (fiduziarischen) Gläubigerstellung erblicken, jedenfalls erlangte die Ehefrau dadurch das Prozeßführungsrecht rücksichtlich der ausstehenden Pachtzinsen.

Danach ist die Klägerin, soweit sich ihre Forderung auf die Zeit bis zum 15. August 1907 erstreckt, aktiv legitimiert. Denn bis zu diesem Zeitpunkt haben die Beklagten, wie feststeht, die Pachtgegenstände in Gebrauch und Benutzung gehabt und demgemäß als Vergütung den vereinbarten Pachtzins pro rata temporis zu zahlen (§ 581, 1 BGB.) Für die Folgezeit bis zum Ende des ersten Pachtjahres (31. März 1908) wird der „Pachtzins" auf Grund des § 10 Abs. 2 des Pachtvertrages gefordert, wonach — auch bei Aufhebung des Pachtverhältnisses durch den Verpächter — die Pächter doch noch die volle Pacht für das laufende Pachtjahr zu entrichten haben. Diese Vertragsbestimmung ist nicht wegen der Vorschrift in § 555 BGB. verbunden mit § 581 Abs. 2 daselbst ungültig. Denn § 555 BGB. enthält dispositives, nicht zwingendes Recht (siehe Dertmann, Schuldverhältnisse Nr. 3 zu § 555 S. 507). Auch als unsittlich und deshalb nichtig (§ 138 Abs. 1 BGB.) kann die Bestimmung nicht erachtet werden. Es verstößt nicht gegen die Anschauungsweise anständig denkender Menschen, wenn sich jemand so, wie hier, gegen die Nichterfüllung der Vertragspflichten sichert. Der Verpächter läuft Gefahr, bei plötzlicher Aufhebung des Pachtverhältnisses keinen anderweiten passenden Pächter zu finden und so den Wert des Pacht-

Digitized by Google

gegenstandes unausgenutzt lassen zu müssen. Daß er dem durch indirekten Zwang vorbeugt, ist nicht sittlich verwerflich.

Materiell enthält die Bestimmung in § 10 Abs. 2 des Vertrages die Vereinbarung einer Vertragsstrafe (§ 339 BGB., siehe Dertmann, a. a. O. Nr. 3 zu § 555 S. 507; v. Staudinger, Schuldverhältnisse, Nr. 2 zu § 555 S. 258). Als Pachtzins kann die nach Beendigung des Pachtverhältnisses zu zahlende Entschädigung weder wirtschaftlich noch rechtlich gelten. Denn sie ist nur auf die Zeit bis zum Ende des laufenden Pachtjahres zu gewähren, ersetzt also nicht die volle Pacht, und sie ist andererseits davon unabhängig, ob bei Weiterverpachtung ein entsprechender Pachtzins erzielt wird. Sie soll also nicht die prinzipale Leistung vertreten, sondern eine neue Leistung bilden. Ihr Zweck ist die Verstärkung der Schuldnerhaftung und die Verhütung des Vertragsbruchs. Diesem Zweck dient die Vereinbarung der Entschädigung dadurch, daß sie als psychologisches Zwangsmittel, als Strafandrohung wirken soll. Daß sie daneben auch noch die Funktion haben mag, die Schwierigkeit des Schadensersatznachweises für den Fall der Nichterfüllung der Schuldnerverpflichtung zu beseitigen und ein im voraus bestimmtes Aversionalquantum für das Interesse festzusetzen, steht ihrer Auffassung als Vertragsstrafe nicht entgegen. Denn die Vertragsstrafe dient im Zweifel beiden Zwecken (v. Staudinger, Schuldverhältnisse, Vorbem. 1 zu §§ 339—343 S. 226 f.; Motive znm BGB. 2, 275 uud § 340 BGB.).

Ist nach alledem die auf die Zeit vom 16. August 1907 bis 31. März 1908 geforderte Leistung eine Vertragsstrafe, so ist insoweit die Klägerin nach § 1400 Abs. 2 BGB. aktiv legitimiert. Denn es handelt sich dabei um ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht, das die Ehefrau mit Zustimmung des Mannes verfolgen kann. Dieses Recht ist auch nicht, wie zuvor ausgeführt, kraft (vertragsmäßiger) Surrogation an Stelle der Pachtzinsen getreten. Seine aktive Vertretung beurteilt sich daher nach anderen Grundsätzen als den für die Nutzungen des eingebrachten Gutes geltenden.

Urteil des 2. Zivilsenats vom 7. Januar 1908. 2 U 151/07 (nach Meiningen).

3. Wenn ein Vertrag die Feststellung der Höhe eines Schadens durch „Taxatoren" vorsieht, so sind diese im Zweifel Schiedsgutachter (§§ 317—319 BGB.).

Digitized by Google

Die Ernennung solcher Schiedsgutachter durch das Gericht kann in Altenburg der Vertrag wirksam vorsehen (§ 4 AG. z. FG.).

Eine Anfechtung der Verfügung, durch welche die Ernennung erfolgt, ist nicht ausgeschlossen.

Die Rechtsvorgängerin der beteiligten Kohlenbergwerksfirma hat das Kohlenabbaurecht unter Grundstücken des Rechtsvorgängers der Antragsstellerin S. durch Vertrag vom 2. September 1873 erworben. In diesem Vertrage ist unter anderem bestimmt worden (Ziffer 7 vorl. Abs.):

„Den Schaden, welcher durch die Ausbeutung des Unterirdischen an etwa anstehenden Früchten bereitet wird, hat die Käuferin in eventuell durch Taxation (cfr. 9 unten) zu ermittelnder Höhe zu ersetzen."

Ferner (Ziffer 9):

(Abs. 1:) „Alle zwischen den Parteien aus diesem Vertrage etwa entstehenden Differenzen über Wertschätzungen werden durch 3 Taxatoren entschieden, von denen jede Partei einen, das zuständige Gericht aber den dritten erwählt. Die endgültige Höhe der einzelnen Taxe wird durch Schurz gefunden."

(Abs. 2:) „Streitigkeiten über Leistungen oder Unterlassungen sind durch drei auf gleiche Weise zu erwählende Sachverständige zu entscheiden."

(Abs. 3:) „Im übrigen unterwerfen sich die Parteien in allen infolge dieses Vertrages zwischen ihnen etwa entstehenden Streitigkeiten dem Prozeßverfahren des Gesetzes über den unbestimmten summarischen Prozeß und erkennen als kompromißweise erwählte Gerichtsbehörde für alle solche Streitigkeiten aus diesem Vertrage das Herzogliche Gerichtsamt I zu Altenburg somit an."

Die jetzige Eigentümerin eines jener Grundstücke hat nun geltend gemacht, daß sie von der jetzigen Kohlenabbauberechtigten Ersatz von Schaden beansprucht habe, der ihr infolge des Abbaues der Kohle an anstehendem Roggen entstanden sei, und daß sie sich mit der Abbauberechtigten nicht über die Höhe des Schadensbetrags habe einigen können.

Beide Teile haben sich deshalb an das Amtsgericht Meuselwitz — zu dessen Bezirke jetzt das in der Flur Kriebitzsch liegende Grundstück gehört, während es zur Zeit des Vertragsabschlusses zum Bezirke des Gerichtsamts I Altenburg gehörte[1]) — mit dem Antrage ge-

1) GS. 1854, 153; 1905, 12.

Digitized by Google

wandt, gemäß den Vertrage den dritten Taxator, „Obmann" zu ernennen. Das Amtsgericht hat dies zunächst abgelehnt, weil es zu einer solchen Ernennung durch einen Privatvertrag weder verpflichtet noch ermächtigt werden könne. Dann aber hat es auf erneuten Antrag der Grundeigentümer einen „Obmann" „für das zu bildende Schiedsgericht" ernannt. Die Kohlenabbauberechtigte hat diesen dem Amtsgericht gegenüber wegen Befangenheit abgelehnt und zugleich gegen die Ernennung Beschwerde eingelegt, weil nicht das Amtsgericht, sondern nur das Landgericht zu solcher Ernennung sachlich zuständig sei, da es sich um einen Schadensbetrag von über 300 Mark handele.

Das Landgericht hat aus diesem Grunde unter Hinweis auf § 1045 der ZPO. den Beschluß des Amtsgerichts aufgehoben und den an das Amtsgericht gerichteten Antrag auf Ernennung eines „Schiedsrichters" zurückgewiesen.

Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin ist sowohl nach § 1045 Abs. 3, § 568 Abs. 2, § 577 der ZPO., als auch nach §§ 27, 29 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und §§ 19—23 des altenburgischen Ausführungsgesetzes zu diesem zulässig. Sie ist auch begründet.

Denn das Landgericht nimmt mit Unrecht an, daß es sich hier um die Ernennung von „Schiedsrichtern" (arbitri) im Sinne des 10. Buches der ZPO. handele. Es handelt sich vielmehr um sogenannte Schiedsgutachter (arbitratores), um Dritte, denen die nähere Bestimmung einer in einem Vertrage vereinbarten Leistung übertragen wird (vergl. im heutigen Rechte §§ 317—319 BGB.). Die Unterscheidung zwischen eigentlichen Schiedsrichtern und bloßen Schiedsgutachtern kannte bereits das zur Zeit des Vertragsabschlusses geltende gemeine Recht. Schiedsrichter sollen durch einen Schiedsspruch in gleicher Weise wie durch ein gerichtliches Urteil einen ganzen Rechtsstreit völlig beenden („ad similitudinem iudiciorum" . . . „ad finiendas lites" l. 1 D. 4, 8). Daher begründet auch der Schiedsvertrag eine prozeßhindernde Einrede im Verfahren vor dem ordentlichen Gericht; der Spruch der Schiedsrichter ist der Rechtskraft fähig, in der Sache selbst auch bei Unbilligkeit unanfechtbar und mit Hilfe des nur aus formellen Gründen versagbaren Vollstreckungsurteils vollstreckungsfähig; die Einleitung des schiedsrichterlichen Verfahrens unterbricht die Verjährung und der rechtskräftige Schiedsspruch verlängert die Verjährungsfrist (vergl. im heutigen Rechte §§ 220, 209, 218 BGB.). Die Schiedsgutachter sollen dagegen lediglich einzelne (wenn auch vielleicht die für das Rechtsverhältnis und den Rechts-

Digitized by Google

streit wesentlichsten) Punkte einer vertraglichen Leistung regeln „einzelne Voraussetzungen des Anspruchs, die Höhe eines Schadens", „das Maß der durch einen Unfall herbeigeführten Einbuße an Erwerbsfähigkeit feststellen" (vergl. §§ 64, 184 des VersVertrGes.) —, im Zweifel nach billigem Ermessen („arbitrium boni viri", l. 76, 78 D. 17, 2); eine Verurteilung haben sie nicht auszusprechen, diese Verurteilung („secundum eius aestimationem ..... emptore .... ex empto actione, venditore autem ex vendito agente", § 1 J. 3, 23) und die Entscheidung über den sonstigen Streitstoff (etwa Vertragsanfechtung, Formgültigkeit, Wirksamkeit des Vertrags für die jetzigen Parteien, Einrede der Zahlung, Aufrechnung, Stundung, Verjährung, des Erlasses usw.) bleibt vielmehr dem ordentlichen Richter; die Einrede des Schiedsgutachtervertrags ist daher keine prozeßhindernde oder überhaupt prozeßrechtliche, sondern eine Einrede des materiellen Rechts, und die Bestimmung, die der Schiedsgutachter trifft, ist daher auch selbst noch keiner Rechtskraft und Vollstreckung fähig, sie ist auch nicht schlechthin unanfechtbar, sondern kann in der Regel durch Urteil des ordentlichen Richters ersetzt werden, wenn sie offenbar unbillig ist („si arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appereat, corrigi potest per iudicium", l. 79 D. 17, 2); die Einleitung der Tätigkeit der Schiedsgutachter „unterbricht" nicht die Verjährung — wirkt vielmehr daraufhin, daß das in der fehlenden Bestimmung liegende Hindernis des Verjährungsbeginns behoben wird —, und die Bestimmung, das Schiedsgutachten, hat keinen Einfluß auf die gesetzliche Länge der Verjährungsfrist. (Vergl. ROHG. 3, 74 [=SeuffA. 26 Nr. 29]; 3, 170; 4, 428 f.; RG. 6, 201 f.; 10, 131 f.; 24, 358 f. und 412 ff.; 45, 350 ff.; RG. 7. Zivilsen. 13. Juli 00 (Jena 2 U 146/99) i. S. v. Helldorf gegen Wilhelma (unter irrigem Datum wiedergegeben von Staudinger-Kuhlenbeck, 3. Aufl., Bem. 1^4 zu § 319); Weismann im ArchZivPrax. 72, 269 ff.; Weismann, Lehrb. d. ZPr. § 190, II; Gaupp-Stein (6/7) Bem. II, 3 vor § 1025 ZPO; Seuffert (10) Bem. 2 Abs. 5 vor § 1025; Dernburg, Pand. (3) I § 165, II § 15. Vergl. auch z. B. die allgemeinen Versicherungsbedingungen des Verbandes der Feuerversicherungsgesellschaften von 1886 und 1887 (abgedruckt bei Gerhard, Kommentar z. VVG., Zusatz z. 2. Titel des 2. Abschn. S. 441 ff.) § 9: Feststellung des Betrags des Schadens durch ein Abschätzungsverfahren, d. h. durch ernannte Sachverständige, gegenüber § 15: Zuständigkeit für Streitigkeiten aus dem Versicherungsvertrage; besonders die klare Unterscheidung in den allgemeinen Versicherungs-

Digitized by Google

bedingungen der Gothaer Feuerversicherungsbank von 16. August 88, § 55 (jetzt § 16): Ermittelung des Brandschadensbetrags durch ernannte Sachverständige im Abschätzungsverfahren, § 60 (jetzt § 21): Entscheidung von Streitigkeiten, ob überhaupt ein Anspruch besteht, §§ 62 ff. (jetzt §§ 23 ff.): schiedsrichterliche Entscheidung im Sinne der ZPO. —

Bei Beurteilung der Frage, ob Vertragsschließende sich dem Schiedsspruche von Schiedsrichtern (sententia arbitri) oder nur dem Schiedsgutachten von Arbitratoren (boni viri arbitrium) unterstellt haben, wird die Vermutung für den weniger weit gehenden, die Parteien weniger bindenden Gutachtervertrag sprechen; die Ausnahme von der Regel, daß über bürgerliche Rechtsstreitigkeiten der ordentliche Richter entscheidet, bedarf immer eines besonderen Beweises. (Vergl. RG. 45, 353; Weismann im ArchZivPrax. 72, 308; Bolze 1, 891.)

Eine solche dem Gutachtervertrage günstige Auslegung ist besonders dann geboten, wenn wie hier, der Vertrag sich nicht als Schiedsvertrag bezeichnet und wenn die zur Entscheidung Berufenen nicht Schiedsrichter, sondern wie hier, Taxatoren (Ziffer 6 Abs. 5, Ziffer 7, vorl. Abs., Ziffer 9 Abs. 1) und Sachverständige (Z. 9 Abs. 2) genannt werden. (Vergl. Weismann a. a. O.)

Daß diese Auslegung im vorliegenden Fall dem Willen der Vertragsschließenden entspricht, läßt auch der Abs. 3 der Ziffer 9 des Vertrags erkennen. Dies hat für einen wörtlich ebenso wie hier lautenden § 9 eines gleichinhaltlichen andern Kohlenabbauvertrags derselben Rechtsvorgängerin der hier beteiligten B...zeche aus demselben Jahre das Oberlandesgericht bereits entschieden. (Urteil vom 29. Septemeber 1900 in Sachen R. gegen B...zeche, 2 U 57/00, (LG. Altenburg, O. 345/99). Das Oberlandesgericht hat damals folgendes erwogen:

Hätten die Vertragsschließenden Schiedsrichter zur Entscheidung ihrer Streitigkeiten berufen, so wäre es gewiß nicht nötig gewesen, für die ganz seltenen Fälle, in denen dann eine Tätigkeit der ordentlichen Gerichte überhaupt noch möglich gewesen wäre, auf ein besonderes beschleunigtes Verfahren sich zu vereinigen. Wurden dagegen Schiedsgutachter herangezogen, so war es allerdings angezeigt, für den dann gleichwohl leicht möglichen Fall, daß es zum Prozesse kam, besondere Vorsorge zu treffen.

Von dieser Entscheidung hier bei gleicher Sachlage abzugehen liegt um so weniger Veranlassung vor, als auch die Fassung der Ziffer 7 vorl. Abs., der gerade die vertragliche Unterlage für den hier strittigen

Digitized by Google

Punkt bildet, nur davon spricht, daß der Schaden an anstehenden Früchten „in durch Taxation (cfr. 9 unten) zu ermittelnder Höhe zu ersetzen" ist, denn hier ist als Aufgabe des Taxationsverfahrens nicht die Verurteilung zum Ersatz, sondern nur die Ermittelung der Höhe des Schadens bezeichnet; die Einklagung des so „ermittelten" Betrags soll demnach nicht vor den Taxatoren, sondern nur auf Grund ihrer Taxation, also vor dem ordentlichen Gerichte (Ziff. 9 Abs. 3) erfolgen.

Wenn nun hiernach feststeht, daß die in dem Vertrage vom 2. September 1873 vorgesehenen „Taxatoren" keine „Schiedsrichter" in dem von der Zivilprozeßordnung unter diesem Worte verstandenen Sinne sind, so ist damit auch eine Anwendung der im 10. Buche der Zivilprozeßordnung über die Bestellung von Schiedsrichtern gegebenen Vorschriften ausgeschlossen. Eine Zuständigkeit des Landgerichts und Unzuständigkeit des Amtsgerichts zur Ernennung des dritten Taxators kann also nicht auf § 1045 ZPO. gestützt werden.

Diese Ernennung ist vielmehr, wenn sie überhaupt zum Geschäftskreise der Gerichte gehört, eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Unstreitig ist es, daß die Ernennung des Dritten — des Arbitrators — der an Stelle der Vertragsschließenden die vereinbarte Leistung näher bestimmen soll, von den Parteien auch einem Vierten übertragen werden kann. In dieser Weise kann außer einer physischen Person auch eine Behörde als solche mit der Ernennung betraut werden. Für Handelskammern hat dies das Reichsgericht anerkannt, soweit es sich um eine von den Vertragsschließenden ausgesprochene Uebertragung zur Ernennung eines „Schiedsrichters" handelt. (RG. 26, 373; 53, 387; Weismann, Lehrbuch des Zivilprozesses § 190, III Note 11.)

Dies aber nicht in gleicher Weise für den Fall der Uebertragung der Ernennung von „Schiedsgutachtern" gelten zu lassen, liegt kein sachlicher Grund vor; denn für die Tätigkeit des Ernennenden spielt der begriffliche Unterschied zwischen Schiedsrichtern und Schiedsgutachtern keine Rolle. Ebensowenig liegt aber ferner ein Grund vor, die Uebertragung auf andere Behörden, Verwaltungsbehörden und Gerichtsbehörden, als unwirksam anzusehen. Die altpreußischen Gerichte verneinen allerdings eine solche Möglichkeit (RObHG. 2, 272; 17, 251 f.; RG. 53, 3). Allein für das gemeinrechtliche und insbesondere für das altenburgische Rechtsgebiet muß sie anerkannt werden. So bringt Puchta in einem den Geschäftskreis des Richters der frei-

Digitized by Google

willigen Gerichtsbarkeit behandelnden Buche Beispiele und Muster von Verträgen — Pachtverträgen —, in denen wie im vorliegenden Falle von 3 „Taxatoren", „unparteiischen Sachverständigen", die den Wert eines Gutinventars oder das Vorhandensein der Voraussetzungen des erheblichen Mißwachses feststellen sollen, den einen der Verpächter, den andern der Pächter und den dritten das Gericht ernennt (Puchta, Handb. des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitigen bürgerlichen Rechtssachen [1821], Teil II, § 152 S. 74 und Muster DD § XXIII S. 481).

Man geht wohl auch kaum fehl in der Auffassung, daß auch die in § 54 des altenburgischen Grundgesetzes vorgesehene Art der Ernennung je eines Sachverständigen von jeder Partei und des dritten durch die Gerichtsbehörde keine neue Einrichtung des Gesetzgebers ist, sondern sich an gebräuchliche Vertragsbestimmungen anschloß.

Die Gebräuchlichkeit solcher Vertragsbestimmungen zeigt sich auch in den allgemeinen Versicherungsbedingungen, wie sie 1886 und 1887 die zu einem Verbande zusammengeschlossenen deutschen Feuerversicherungsgesellschaften vereinbart haben. Sie bestimmen in § 9 (bei Gerhard a. a. O. S. 455/446), daß in gewissen Fällen der dritte Sachverständige (Obmann) für das Abschätzungsverfahren auf Antrag einer Partei oder beider durch das für den Brandort zuständige Amtsgericht ernannt werden soll; so auch die erwähnten allgemeinen Versicherungsbedingungen der Gothaer Feuerversicherungsbank von 1888 § 55 (jetzt 16) für den Sachverständigen-Obmann, wie übrigens auch § 64 (jetzt 25) für den Schiedsrichter-Obmann.

Auch das neue Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag geht, wie die Fassung der §§ 64, 184 und die Anordnung der unmittelbaren Anwendbarkeit auf bestehende Verträge (EG. Art. 4 Nr. 6) ergibt, offenbar davon aus, daß solche Vertragsbestimmungen Wirksamkeit haben; die Begründung wie der Gesetzestext erklären nicht die Vereinbarung für zulässig (etwa: „Durch den Vertrag kann bestimmt werden, daß die Sachverständigen durch das Gericht zu ernennen sind"), sondern setzen diese Möglichkeit wie etwas Selbstverständliches voraus und wollen „für den Fall, daß im Vertrag nur eine gerichtliche Ernennung vorgesehen ist", nur „die erforderlichen (reichsrechtlichen) Bestimmungen hinsichtlich des zuständigen Gerichts und des Verfahrens geben" (Gerhard, Komm. Anm. bei § 64). Daß das Reichsgesetz damit etwas Neues gegenüber dem bisherigen (landesrechtlichen) Zustande schaffe, ist nirgends angedeutet. Die Sachverständigen des §§ 64, 184 VVG. sind aber

Digitized by Google

nichts anderes als Arbitratoren im Sinne der §§ 317 ff. BGB. (Gerhard a. a. O. Anm. 4 zu § 64) und als die „Taxatoren" des hier in Frage stehenden Vertrags.

Die gerichtliche Ernennung eines Dritten auf Parteiantrag im Privatrechtsverkehr ist ja auch sonst eine nicht seltene Erscheinung. Das Gericht kann einen Testamentsvollstrecker ernennen, wenn der Erblasser es darum ersucht hat (§ 2200 BGB.). Es ernennt auf Antrag Privater Vorstandsmitglieder (§ 29 BGB.), Liquidatoren (§ 48 verbd. mit § 29 BGB., §§ 146, 295 HGB., § 83 GenG., § 66 GmbHG., § 47 VersAufsG.), Revisoren (§ 192 HGB., § 61 GenG.), Dispacheure (§ 98 BSchG.), Verwahrer (§ 165 FGG.), Sachverständige (§ 164 FGG., nunmehr auch §§ 64, 184 VersVertrGes.).

Aus diesen als Ergänzung des vermutlichen Vertragswillens aufgestellten positivrechtlichen Bestimmungen und überhaupt aus der allgemeinen Aufgabe der freiwilligen Gerichtsbarkeit, den Privaten bei der Gestaltung ihrer Privatrechtsverhältnisse förderlich zu sein, ergibt sich, daß ein grundsätzliches Bedenken gegen die Zulässigkeit und Wirksamkeit einer Parteivereinbarung, welche die Ernennung von Schiedsgutachtern der für eine unparteiliche Auswahl geeignetsten Stelle, dem Gericht, überträgt, nicht bestehen kann. Denn wenn man auch nicht jeder beliebigen Vereinbarung von Privaten, daß das Gericht gewisse Personen (etwa auch den Kassierer eines Kegelklubs und dergl.) zu bestimmen habe, eine die Tätigkeitspflicht des Gerichts begründende Wirkung wird beimessen können, sondern gewisse Schranken setzen muß, wie etwa die, daß das Gericht nach pflichtmäßigem Ermessen ein Bedürfnis und die Angemessenheit der gerichtlichen Ernennung anerkennt (wie § 2200 BGB., § 5 Abs. 2 AltenbAG. z. FGG.), so kann doch ein solches Bedürfnis des Rechtslebens nach einer Mitwirkung des Gerichts zur unparteiischen Auswahl und Ernennung von Schiedsgutachtern kaum verneint werden.

Für Sachsen-Altenburg aber ist eine solche Zuständigkeit kraft Parteianrufung um so unbedenklicher anzunehmen, als in § 4 AG. z. FGG. die durch die landesgesetzlichen Vorschriften, also auch die durch jene gewohnheitsrechtliche Uebung begründeten Zuständigkeiten aufrecht erhalten sind, und ferner, weil der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch, ohne daß ein behördliches Verfahren schwebt, auf Parteianträge Sachverständige auszuwählen, zu beeidigen und zu vernehmen hat (§ 4 Nr. 3.; § 5 Abs. 2 verbd. mit § 1 AG. z. FGG.; § 404 ZPO.; vergl. Rausnitz, 1900, FGG. in Bem. 9 zu § 164 über

Digitized by Google

Art 34 Abs. 2 PreußFGG.). Denn in dem Rechte, die Auswahl und die (eidliche oder uneidliche) Vernehmung (§ 4 Nr. 3 AG.) oder die Auswahl und die Beeidigung ohne Vernehmung (§ 5 Abs. 2 AG.) zu verlangen, ist auch das Mindere, die bloße Ernennung (Auswahl) eines Sachverständigen zu verlangen, gegeben.

Es fragt sich nun weiter noch, welchem Gerichte die Vertragsschließenden die Ernennung haben übertragen wollen. Hierbei kann für die damalige Zeit dahingestellt bleiben, ob sie mit dem in Abs. 1 der Ziff. 9 gewählten Ausdrucke „das zuständige Gericht" dasselbe Gericht gemeint haben, das sie in Abs. 3 daselbst als für den Prozeß zuständig vereinbart haben (das Gerichtsamt I zu Altenburg). Denn auch, wenn sie nicht das vereinbarte Prozeßgericht meinten, war das Gerichtsamt I zu Altenburg das einzige Gericht, das sachlich und örtlich zuständig war. Denn Patrimonialgerichte gab es damals nicht mehr, und das Appellationsgericht, der hauptsächlichste Vorgänger des heutigen Landgerichts, war, abgesehen von der hier nicht zutreffenden ausnahmsweisen erstinstanzlichen Zuständigkeit — privilegierter Gerichtsstand, Schriftsässigkeit — nur zweite Instanz und kam daher damals nicht in Frage[1]).

Unter der heutigen Gerichtsverfassung aber besteht kein Zweifel, daß es dem Willen der Vertragsschließenden entspricht, unter dem „zuständigen Gerichte" nicht das Landgericht, sondern das Amtsgericht zu verstehen. Denn mag auch die Vereinbarung in Abs. 3 der Ziff. 9 über die Prozeßzuständigkeit sich nur auf die örtliche Zuständigkeit bezogen haben (eine Verteilung der sachlichen Zuständigkeit, wie jetzt zwischen Amtsgericht und Landgericht, gab es damals nicht, das Gerichtsamt war ohne Wertsgrenze zuständig), so daß die Vereinbarung jetzt einer Klagerhebung vor dem Landgericht nicht entgegenstünde, so ist doch nach dem ganzen Zweck und Charakter der Schiedsgutachterernennung nicht anzunehmen, daß die Vertragsschließenden, wenn sie an eine nachmalige Verteilung der Prozeßzuständigkeit gedacht hätten, auch diese Ernennung dem Prozeßgericht übertragen hätten. Die Uebertragung galt vielmehr dem Gerichtsamte in seiner — gleichzeitigen — Eigenschaft als Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit für die in Frage stehende Oertlichkeit. Diese Behörde ist aber das Herzogliche Amtsgericht zu Meuselwitz.

Der „dritte Taxator" — Amtsvorsteher St. in W. — ist also von dem zuständigen Gericht ernannt worden. Da diese Er-

1) HV. v. 6./7. 1854 (GS. S. 151).

Digitized by Google

nennung, wie ausgeführt, eine Verfügung in einer derjenigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist, die durch Landesrecht den Gerichten übertragen sind, so ist gegen sie nach §§ 19 ff. AG. z. FGG. auch die Beschwerde zulässig. Denn Beschränkungen der Anfechtbarkeit, wie sie für die rechtsähnlichen reichsrechtlichen Fälle des § 164 Abs. 2 FGG.; § 64 Abs. 2 Satz 3, § 184 Abs. 2 VersVertrGes. besonders bestimmt sind, liegen hier nicht vor.

Soweit sich hier die Beschwerde gegen die Zuständigkeit des Amtsgerichts wendet, ist sie, wie dargelegt, unbegründet.

Wie nun aber aus der einen der beiden Eingaben der Abbauberechtigten vom 14. August 1908 hervorgeht, erstrebt diese Beteiligte die Ernennung eines anderen Taxators an Stelle des vom Gericht ernannten wegen dessen Befangenheit. Ob dieses offenbar nicht fallengelassene Begehren auch Gegenstand der Beschwerde sein soll, ist nicht geklärt und vom Landgericht noch nicht entschieden.

Die etwa erforderliche Entscheidung über diesen materiellen Punkt muß daher dem Landgericht vorbehalten bleiben. Zu einer Stellungnahme in dieser materiellen Frage der „Ablehnung" von Schiedsgutachtern liegt für das Oberlandesgericht zur Zeit kein Anlaß vor. Es war daher die Entscheidung des Landgerichts lediglich aufzuheben und die weitere Entscheidung, auch im Kostenpunkte, ihm zu überlassen.

Beschluß des 3. Zivilsenats vom 3. Dezember 1908. 3 W 103/08 (nach Altenburg).

4. Gehälter, gezahlt von einer auswärtigen Erwerbsgesellschaft, genießen in Sachsen-Weimar keine Steuerfreiheit.

Ein Gewerbe betreibt nach allgemeinen Sprachbegriffen derjenige seinerseits nicht, dessen Tätigkeit, mag sie entgeltlich geleistet werden, vereinbarungsgemäß dazu bestimmt ist, eine auf Erreichung eines Gewinns gerichtete Tätigkeit eines anderen Rechtssubjekts zu fördern, in der Weise, daß die Vorteile jener Tätigkeit nicht jenem, sondern letzterem zufließen.

Ist dies zutreffend, so stellt sich die Tätigkeit des Klägers, die darin besteht, daß er bei einer in Genua ansässigen Erwerbsgesellschaft gegen Gehalt als Mitglied des Verwaltungsrats tätig ist, da sie satzungsgemäß dazu bestimmt ist, die auf Gewinn gerichtete Tätigkeit dieser Erwerbsgesellschaft zu fördern, nicht als Gewerbebetrieb dar.

Nach dem revidierten Gesetz über die Steuerverfassung des Großherzogtums vom 18. März 1869 konnte es nicht zweifelhaft

Digitized by Google

erscheinen, daß die in § 4 Ziffer 1 unter A, b geordnete Steuerfreiheit nur dem außerhalb des Großherzogtums selbst ein Gewerbe betreibenden, an sich steuerpflichtigen inländischen Staatsangehörigen, nicht auch demjenigen zur Seite stehen sollte, welcher aus dem Gewerbebetrieb eines anderen fließendes Einkommen aus einer Tätigkeit hatte, die sich nicht als eigner ausländischer Gewerbebetrieb darstellte.

Zweifel, ob nicht später auch dem letzteren in Ansehung dieses Einkommens Steuerfreiheit hat zugestanden werden sollen, konnten erst infolge der abweichenden Fassung der Vorschrift unter III A 2 des Gesetzesnachtrags vom 28. Februar 1872 und in § 8 Ziffer 2 des Einkommensteuergesetzes vom 2. Juni 1897 auftauchen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Zweifel der Berechtigung entbehren, wenn man jene Vorschriften mit anderen in die Gesetze aufgenommenen Vorschriften vergleicht, auf alle Fälle ergibt sich aus der geschichtlichen Entwickelung der Steuergesetze, daß eine Aenderung der auf Grund des früheren Gesetzes in dieser Beziehung bestehenden Steuerfreiheiten bei Erlaß des Einkommensteuergesetzes vom 2. Juni 1897 nicht geplant war.

Es ergibt sich dies, was das Einkommensteuergesetz vom 2. Juni 1897 anlangt, mit voller Gewißheit aus den Erklärungen der Großh. Staatsregierung und des mit der Beratung des Gesetzentwurfs betraut gewesenen Landtagsausschusses bezw. dessen Berichterstatters im Plenum des Landtags und es erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß durch den Gesetzesnachtrag vom 28. Februar 1872 eine Steuerfreiheit zugunsten derjenigen Personen nicht eingeführt worden ist, welche im Ausland zwar eine gewinnbringende Tätigkeit entfalten, aber kein eigentliches Gewerbe betreiben.

Wie der Eingang des Gesetzesnachtrags vom 28. Februar 1872 ergibt, sollte dieser die Bestimmungen des Gesetzes über die Steuerverfassung vom 18. März 1869 mit den Vorschriften des Bundes- und nunmehrigen Reichsgesetzes vom 13. Mai 1870 wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung in die notwendige Uebereinstimmung bringen.

Nach § 3 des zuletzt erwähnten Gesetzes hat nun aber zweifellos nur das Einkommen aus dem Betriebe eines Gewerbes außerhalb desjenigen Bundesstaates, dessen Steuerhoheit der betreffende Gewerbetreibende infolge seines Wohnsitzes bezw. Aufenthaltes in ihm nach den §§ 1 und 2 l. c. unterfallen soll, dieser Steuerhoheit entzogen werden sollen, nicht aber auch das Einkommen aus einer zwar gewinnbringenden, aber als Gewerbebetrieb nach den allgemeinen

Digitized by Google

Sprachbegriffen sich nicht darstellenden Tätigkeit, in Ansehung dessen die Steuerhoheit desjenigen Staats nicht hat angetastet werden sollen, dem nach den §§ 1 und 2 l. c. dessen Besteuerung hat nachgelassen bleiben sollen.

Für die Annahme, daß die Landesgesetzgebung mit dem Erlaß des Gesetzesnachtrags vom 28. Februar 1872 in Ansehung dieses vom Gesetz über die Steuerverfassung vom 18. März 1869 als Objekt der Besteuerung in Anspruch genommenen Einkommens eine Steuerbefreiung neu habe einführen wollen, fehlt es, da eine solche Befreiung durch das mehrerwähnte Bundes- bezw. Reichsgesetz nicht geboten war, an jedem Anhalt.

Mit Recht ist auch vom Vorderrichter dem Einkommen des Klägers aus seiner Tätigkeit als Mitglied des Verwaltungsrats der Erwerbsgesellschaft in Genua diejenige Steuerfreiheit zugebilligt worden, welche nach § 8 Ziffer 2 des Einkommensteuergesetzes vom 2. Juni 1897 die Einkommen aus ausländischen Gehältern, Wartegeldern und Pensionen genießen sollen, soweit nicht Ausländer in dem dort erwähnten Umfang in Betracht kommen.

Der Kläger beruft sich selbst nicht auf diese Freiheit und würde auch mit der Berufung auf dieses Privileg keinen Erfolg haben können.

Ist auch nicht ausdrücklich vorgeschrieben, daß dieses Privileg nur den Gehalten, Wartegeldern und Pensionen aus ausländischen Staats- und anderen öffentlichen Kassen zustehen soll, so ergibt doch die Vergleichung mit den jener Vorschrift zugrunde liegenden Vorschriften in § 4 unter Ziffer 3 A c und B g in der Fassung des Gesetzes über die Steuerverfassung vom 18. März 1869 und in § 4 unter III A 3 und B 7 in der Fassung des Nachtragsgesetzes vom 28. Februar 1872, daß den Gehalten, Wartegeldern und Pensionen aus Kassen ausländischer Erwerbsgesellschaften die dort geordnete Steuerfreiheit nicht hat zugestanden werden sollen.

Urteil des 1. Zivilsenats vom 3. Oktober 1908. 1 U 75/08 (nach Eisenach).

5. Einstweilige Verfügung zum Schutze des noch nicht existenten Anspruchs auf Rückgewähr einer Vertragsleistung wegen Unmöglichwerdens der Gegenleistung. Wird der Rückgewähranspruch dadurch in Frage gestellt, daß der Gegner zur Zurückhaltung der Gegenleistung berechtigt ist? Kann die Konkurrenz anderer Gläubiger einen Grund abgeben,

Digitized by Google

den Gläubiger einer Individualleistung durch eine einstweilige Verfügung zu schützen?

Die Parteien hatten Grundbesitz getauscht. Der Antragsteller hatte den seinigen aufgelassen, nicht aber die Antragsgegner den ihrigen. In den letzteren wurde von dritter Seite die Zwangsvollstreckung betrieben. Der Antragsteller hielt daher für wahrscheinlich, daß den Antragsgegnern die Erfüllung ihrer Verpflichtung aus dem Tauschvertrag unmöglich werden würde, gleichzeitig auch den von ihm für diesen Fall behaupteten Anspruch auf Rückübereignung seines früheren Grundbesitzes für gefährdet. Er erwirkte zum Schutze dieses Anspruchs eine einstweilige Verfügung, durch die den Antragsgegnern die Veräußerung und Belastung des bezeichneten Besitzes untersagt wurde. Auf den Widerspruch der Antragsgegner hob das Landgericht die einstweilige Verfügung auf aus dem Grunde, weil die Antragsgegner berechtigt seien, mit der Auflassung des von ihnen in Tausch gegebenen Grundbesitzes zurückzuhalten. Dies um deswillen, weil der Antragsteller unterlassen habe, ihnen die zur Löschung einer auf dem ihnen aufgelassenen Grundbesitz eingetragenen Hypothek erforderlichen Urkunden auszuhändigen, und weil der Replik, es sei vereinbart worden, daß der Antragsteller diese Urkunden erst herauszugeben habe, nachdem die Antragsgegner die Uebereignung des ihm in Tausch gegebenen Grundbesitzes in die Wege geleitet hätten, nicht glaubhaft gemacht sei. Das Oberlandesgericht änderte diese Entscheidung ab mit folgender Begründung:

Auf den Streit darüber, ob den Antragsgegnern das behauptete Zurückbehaltungsrecht zustand, oder nicht, kommt nichts an. Keinesfalls wurde durch ein solches der Anspruch des Antragstellers auf Erfüllung des Tauschvertrags aufgehoben (§ 322 BGB.). Kam es zur Zwangsversteigerung des Grundbesitzes, den die Antragsgegner dem Antragsteller zu übereignen verpflichtet waren, so war die Wirkung das Unvermögen der Antragsgegner zur Bewirkung ihrer Vertragsleistung und damit die Entstehung eines Anspruchs des Antragstellers auf Rückübereignung seines früheren Grundbesitzes, sei es auf Grund des § 323, sei es auf Grund des § 325 BGB. Davon, daß der Antragsgegner diese Unmöglichkeit zu vertreten und deshalb seinen Rückgewähranspruch verloren gehabt haben würde (§ 324 BGB.), kann keine Rede sein. Aus dem Vorbringen der Antragsgegner würde sich allenfalls ergeben, daß sie nicht im Verzuge waren, keinesfalls, daß der Antragsteller in Leistungs- oder Annahmeverzug war. Der zu sichernde Anspruch war sonach als bedingter glaubhaft gemacht. Auch als solcher war er

Digitized by Google

des Schutzes durch einstweilige Verfügung fähig (ZPO. §§ 916 und 936, Gaupp-Stein, ZPO. Bem. II Nr. 7 zu § 935). Glaubhaft war auch seine Gefährdung [1]). Die bei der Zwangsversteigerung des ursprünglichen Grundbesitzes der Antragsgegner ausgefallenen Gläubiger würden sich an deren sonstiges Vermögen und darunter auch den früher dem Antragsteller gehörigen Grundbesitz gehalten haben. Wenn für den Arrest gesagt wird, daß die drohende Konkurrenz anderer Gläubiger keinen Grund zu seiner Verhängung abgebe (Gaupp-Stein, ZPO. § 907 Bem. I Note 10), so trifft gleiches für den vorliegenden Fall nicht zu. Der Anspruch auf eine Individualleistung ist in dieser Beziehung demjenigen auf eine Geldleistung nicht durchaus gleichzustellen, wie ein Vergleich zwischen dem Wortlaut der §§ 907 und 935 ZPO. ohne weiteres ergibt. Die Ansprüche auf Geldleistung ergreifen von vornherein das ganze Vermögen des Schuldners, dabei steht jeder persönliche Gläubiger dem anderen gleich, und der Arrest soll nicht dazu dienen, dem einen eine Vorzugsstellung vor dem anderen zu verschaffen. Dagegen richtet sich der Individualanspruch zunächst nur auf einen bestimmten Vermögensgegenstand, nicht auch auf das sonstige Vermögen. Wird hier der Gläubiger gegen die Konkurrenz bloßer Geldgläubiger geschützt, so handelt es sich nicht um seine Bevorzugung vor diesen, sondern um die Hintanhaltung einer Benachteiligung. Das Vorgehen eines einzigen Gläubigers kann ihn um die Möglichkeit der Realisierung seines Individualanspruchs bringen, während die anderen Geldgläubiger unter Umständen dadurch nicht die geringste Beeinträchtigung erleiden, weil ihr Anspruch durch den Angriff auf andere Vermögensstücke des Schuldners noch uneingeschränkte Befriedigung finden kann.

Urteil des 3. Zivilsenats vom 22. Oktober 1908. 3 U 84/08 (nach Gotha).

6. Ein Vergleich beseitigt nicht die durch gerichtliche Entscheidung begründete Verpflichtung zur Zahlung der entstandenen Gerichtskosten (§ 87 GKG.).

In erster Instanz sind die Kosten des Rechtsstreits durch Urteil zu $^1/_{10}$ dem Kläger, zu $^9/_{10}$ dem Beklagten auferlegt worden. In zweiter Instanz haben die Parteien den Prozeß durch Vergleich be-

1) Es handelte sich nicht etwa um eine einstweilige Verfügung auf Grund des § 885 BGB.

Digitized by Google

endigt und in diesem vereinbart, daß jede Partei ihre außergerichtlichen Kosten und die Hälfte der gerichtlichen Kosten trägt.

Der Gerichtsschreiber hat die Kosten nach dem im Urteil erster Instanz ausgesprochenen Verteilungsmaßstabe (1 : 9) berechnet.

Der Beklagte hat dagegen Erinnerung erhoben. Er verlangt Zugrundelegung des im Vergleich vereinbarten Verteilungsmaßstabes von $^1/_2 : {}^1/_2$. Seine Erinnerung ist durch den angefochtenen Beschluß als unbegründet zurückgewiesen worden. Seiner Beschwerde hiergegen kann ebenfalls nicht stattgegeben werden.

Nach dem Gerichtskostengesetz ist Schuldner der Gerichtskosten

I. nach § 86 derjenige, a) welchem durch gerichtliche Entscheidung die Kosten des Verfahrens auferlegt sind, oder b) welcher sie durch eine vor dem Gericht abgegebene oder dem Gericht mitgeteilte (einseitige oder vereinbarte) Erklärung übernommen hat,

II. nach § 89 in Ermangelung eines solchen (§ 86) Schuldners derjenige, welcher das Verfahren der Instanz beantragt hat.

§ 86 stellt die beiden Verpflichtungsgründe — Gerichtsentscheidung und Uebernahme — als selbständig und gleichwertig nebeneinander hin („oder"). Die Uebernahmeerklärung der einen Partei verliert demnach ihre verpflichtende Wirkung nicht, wenn durch gerichtliche Entscheidung der anderen Partei die Kosten auferlegt werden; und umgekehrt beseitigt die Uebernahmeerklärung der einen Partei nicht die durch gerichtliche Entscheidung begründete Kostenschuld der anderen Partei.

Das ergibt sich aus den folgenden Vorschriften: Die beiden zwischen den Hauptparagraphen § 86 und § 89 stehenden Paragraphen geben nur zusätzliche Bestimmungen zu § 86. § 87 regelt die Wirkung des Wegfalls des ersten der beiden Haftungsgründe des § 86: der gerichtlichen Entscheidung; bei deren Aufhebung oder Abänderung soll die durch sie begründete Zahlungspflicht wieder erlöschen. § 88 gibt eine zusätzliche Regelung für den zweiten Haftungsgrund des § 86: der Kostenübernahme; falls diese nicht bloß einseitig geschieht, sondern auf Parteiübereinkunft beruht, soll sie die aushilfliche Haftung jeder Partei zur Hälfte begründen; die Bedeutung dieses Zusatzes liegt darin, daß die selbst nicht kostenübernehmende Partei durch ihre Zustimmung zu der Uebernahme selbst aushilflich Schuldnerin wird.

Die beiden Verpflichtungsgründe des § 86 — a) Gerichtsentscheidung und b) Uebernahme — werden also auch in den ihm folgenden Paragraphen durchgängig getrennt gehalten. Insbesondere behandelt der

Digitized by Google

§ 88, wie auch die Verweisung auf § 86 in Verbindung mit der Wiederholung des dortigen Ausdrucks „übernommen" ergibt, den Vergleich lediglich aus dem Gesichtspunkte der „Uebernahme", also des zweiten der beiden Gründe. Deshalb kann andererseits der den ersten dieser Gründe zusätzlich regelnde § 87, wenn er von der „Aufhebung" oder „Abänderung" der gerichtlichen Entscheidung spricht, nur so verstanden werden, daß er nicht ebenfalls die Wirkung einer auf Parteivereinbarung beruhenden Uebernahme regeln will, daß er also nicht eine Aenderung oder Aufhebung durch Parteivereinbarung (vergleichsweise Uebernahme), sondern nur eine durch anderweite gerichtliche Entscheidung erfolgende Aufhebung oder Abänderung im Sinne hat.

Dieser Meinung sind auch Rittmann (3) Bem. 6 zu § 86, Bem. 2 zu § 87, Bem. 3 zu § 88 GKG., und Roos-Kern (01) § 7, II 1b S. 184, II 1d² S. 186, sowie die 7. Aufl. von Pfafferoth, GKG., Anm. 4 zu § 85.

Anderer Meinung ist allerdings das Kammergericht (8. Zivilsenat v. 2. März 01, KGBl. 01, 45) und mit Berufung auf diese Kammergerichtsentscheidung nunmehr auch Pfafferoth, 8. Aufl., Bem. 4 zu § 87. Das Kammergericht folgert seine gegenteilige Auffassung daraus, daß § 86 die Erklärung der Parteien der gerichtlichen Entscheidung gleichstellt und deshalb der unter den Parteien getroffene Vergleich über die Kostenlast auch gegenüber der Staatskasse Wirkung haben müsse. Dieser Begründung kann nicht gefolgt werden. Denn aus der Gleichstellung der Auferlegung und der Uebernahme in § 86 folgt keine Bevorrechtigung des einen der beiden Verpflichtungsgründe, folgt nicht, daß der eine den andern zu beseitigen vermöge, sondern vielmehr, daß jeder unabhängig von dem anderen und neben dem anderen seine Wirkung hat und behält. Die Staatskasse sollte durch die Nebeneinanderstellung zweier gleich wirksamer Verpflichtungsgründe in § 86 behufs Erlangung ihrer Kosten tunlichst günstig gestellt sein.

Im vorliegenden Falle kann demnach die Staatskasse nach ihrer Wahl die Parteien sowohl nach dem Vergleich ($^1/_2 : ^1/_2$) als auch nach dem erstinstanzlichen Urteile ($^1/_{10} : ^9/_{10}$) in Anspruch nehmen, den Kläger also zu $^5/_{10}$ und den Beklagten zu $^9/_{10}$, jedoch nur bis zur Erlangung von $^{10}/_{10}$ des Gesamtbetrags der Gerichtskosten.

Der Beklagte beschwert sich darüber sonach mit Unrecht.

Beschluß des 3. Zivilsenats vom 19. Oktober 06. 3 W 86/08 (nach Altenburg).

Digitized by Google

7. Für die gerichtliche Verwahrung notariell errichteter Testamente kann nach dem Coburg-Gothaischen Gerichtskostengesetz vom 13. Dezember 1899 eine Gebühr nicht erhoben werden.

Das Herzogl. Amtsgericht in Coburg hat für die amtliche Verwahrung zweier vor dem Notar Dr. A. errichteten Testamente, die dieser im Auftrage der Testatoren, der R.schen Eheleute, bei Gericht zur Aufbewahrung eingereicht hatte, Gebühren nach § 79 des Coburg-Gothaischen Gerichtskostengesetzes vom 13. Dezember 1899 in Ansatz gebracht. Dieser Paragraph bestimmt, daß für ein gerichtliches Geschäft, für das weder reichsgesetzlich, noch in dem Kostengesetz eine Gebühr normiert ist, drei Zehnteile des in § 28 des Kostengesetzes bestimmten Gebührentarifes A (der vollen Gebühr) erhoben werden.

Die Erinnerung der Gebührenpflichtigen gegen den Kostenansatz und ihre Beschwerde gegen die abweisende Entscheidung das Amtsgerichts Coburg vom 21./23. Mai 1908 blieben erfolglos. Das Landgericht stellte sich in seiner Beschwerdeentscheidung vom 9./17. Juli 1908 auf den Standpunkt, daß sich nicht annehmen lasse, die verantwortungsreiche Tätigkeit der gerichtlichen Verwahrung notarieller Testamente habe gebührenfrei bleiben sollen, und daß deshalb mangels eines speziellen Tarifsatzes die subsidiäre Gebühr des § 79 a. a. O. berechnet werden müsse. Dabei verkannte es nicht, daß die im Gesetzentwurf (§ 37 Abs. 2) vorgesehene Gebühr für die amtliche Verwahrung von Testamenten vom Landtage schlechthin gestrichen worden war; es maß aber dieser Aenderung nur die Bedeutung bei, daß damit die Erhebung einer besonderen Verwahrungsgebühr für gerichtlich errichtete Testamente habe ausgeschlossen werden sollen, nicht auch für notarielle oder privatschriftliche.

Gegen diese Entscheidung des Landgerichts richtet sich die weitere Beschwerde der R.schen Eheleute vom 25./26. August 1908, mit der diese die Befreiung von den Gebühren erstreben. Sie ist nach § 24 des Kostengesetzes vom 13. Dezember 1899 zulässig und erweist sich auch als sachlich begründet.

Aus dem Zusammenhange des Gesetzes und seiner Entstehungsgeschichte ergibt sich, daß für die amtliche Verwahrung letztwilliger Verfügungen eine Gerichtsgebühr nicht in Ansatz gebracht werden kann, gleichviel ob es sich um gerichtlich errichtete oder notarielle (oder privatschriftliche) handelt. Der Regierungsentwurf des Gerichtskostengesetzes sah zwar in § 37 Abs. 2 eine besondere Verwahrungsgebühr vor: es sollten „für die Aufbewahrung einer letztwilligen Verfügung

Digitized by Google

(oder eines Erbvertrages) bei der Annahme zwei Zehnteile der vollen Gebühr nach dem Satz A erhoben" werden. Diese Bestimmung wurde indes auf den Antrag der Mehrheit der Rechtskommission vom Landtage gestrichen, weil man es „nicht für empfehlenswert hielt, Erbverträge bezw. letztwillige Verfügungen zu verteuern". Aus dem gleichen Grunde ersetzte der Landtag die nach Wertklassen abgestuften Gebührensätze des Entwurfs für die Beurkundung letztwilliger Verfügungen (volle Gebühr des Tarifs A bezw. das Doppelte) durch Pauschgebühren (von 3—30 Mark, bezw. 5—50 Mark). Und in der so veränderten Fassung wurde der Entwurf Gesetz (§ 36) (s. Verh. d. gemeinschaftl. Landtags für Coburg-Gotha, 1897/1900, S. 568, 575 und Entwurf S. 7). Infolgedessen fehlt es in dem Gesetz an einem speziellen Gebührensatz für die amtliche Verwahrung letztwilliger Verfügungen. Die in § 84 Abs. 1 lit. c (86 des Entwurfs) bestimmte Gebühr für die Verwahrung von Urkunden (20 Pf. für das Stück auf das Kalenderjahr) ist nicht anwendbar: denn sie trifft nach ausdrücklicher Einschränkung des Gesetzes: „Urkunden mit Ausnahme der letztwilligen Verfügungen und Erbverträge" (§ 36). Danach bliebe nur übrig, die Verwahrungstätigkeit der subsidiären Gebühr des § 79 a. a. O. zu unterwerfen. Dieser Ausweg ist aber nach der durch die Entstehungsgeschichte bezeugten Tendenz des Gesetzes und nach dem sich aus dem Zusammenhang der Tarifbestimmungen ergebenden Gesetzeswillen verschlossen. Zu Unrecht bezieht das Landgericht den Abstrich der Vorschrift des § 37 Abs. 2 des Entwurfs nur auf den Fall der gerichtlich errichteten Testamente. Der Gesetzentwurf sah — entsprechend dem § 44² des Preußischen Gerichtskostengesetzes — eine Gebühr von zwei Zehnteilen für die Aufbewahrung letztwilliger Verfügungen ohne Unterscheidung zwischen gerichtlich, notariell oder privatschriftlich errichteten vor. Es besteht kein Anhalt für die Annahme, daß der Landtag bei Beseitigung der Vorschrift nur die gerichtlich errichteten letztwilligen Verfügungen habe treffen, also einen dem Entwurf fremden Unterschied in das Gesetz habe hineintragen wollen. Jedenfalls aber ergibt sich die Gebührenfreiheit der Verwahrung letztwilliger Verfügungen aus § 84 in Verbindung mit § 36 des Gesetzes. Indem dieses in § 84 die Gebühren für die verschiedenen Gegenstände der Verwahrung (Geld, Wertpapieren, Kostbarkeiten, Urkunden) festsetzt, dabei die letztwilligen Verfügungen von der Gebühr für die Urkundenverwahrung ausnimmt und ihretwegen auf § 36 verweist, gibt es klar zu erkennen, daß das Gebührenwesen bezüglich der Verwahrung in den §§ 84 und 36 speziell

Digitized by Google

und erschöpfend geregelt werden sollte. Für die Anwendung der Hilfsbestimmung des § 79 des Gesetzes bleibt deshalb kein Raum. Der Verweis auf § 36 aber ist — nach dem Abstrich der speziellen Testamentsverwahrungsgebühr — inhaltlos. Die Zugrundelegung des in § 79 vorgesehenen Gebührensatzes (von $^3/_{10}$) würde auch zu Inkongruenzen führen, die unmöglich im Sinne des Gesetzes liegen können. Während der Regierungsentwurf nur eine Gebühr von $^3/_{10}$ für die Verwahrung festsetzte (§ 37 Abs. 2) und der Landtag diese abstrich, um eine unbillige Verteuerung zu verhüten, würde bei Anwendung des § 79 a. a. O. für die Verwahrung eine noch höhere Gebühr (von $^3/_{10}$) in Ansatz kommen. Ja es würde, da § 79 die Gebühren nach Wertklassen abstuft, § 36 Abs. 1 hingegen feste Gebührensätze für die Testamentserrichtung auswirft, bei hohen Objekten die Gebühr für die Verwahrung diejenige für die Errichtung von Testamenten übersteigen. Dieses Ergebnis, bei dem die geringere Tätigkeit höher besteuert würde, als die größere und mehrwertige, kann unmöglich dem Willen des Gesetzes entsprechen.

Dies alles drängt zu dem Schluß, daß die Verwahrung auch der notariellen Testamente mit einer Gebühr nicht zu belegen ist.

Beschluß des 2. Zivilsenats vom 22. September 1908. 2 Y 6/1908 (nach Meiningen).

8. Gerichtsstand der Gewerkschaft. Anwendung der Vorschrift des § 22 ZPO. auf die Klage eines Zessionars einer Gewerkschaft.

Der Kläger klagte als Zessionar einer Gewerkschaft auf die Zahlung einer Zubuße. Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts stützte er auf § 22 in Verbindung mit § 17 Abs. 2 ZPO., indem er geltend machte, daß die Gewerkschaft nach ihrem Statut die Ausbeutung eines im Bezirk des Landgerichts gelegenen Bergwerks bezwecke, das allerdings bis jetzt nicht in Betrieb genommen sei, dessen Eigentum sie aber durch bergamtliche Verleihung bereits erworben habe.

Im Gegensatz zum Landgericht wies das Oberlandesgericht den Einwand der Unzuständigkeit ab, mit folgender Begründung:

Die Frage, ob der Gerichtsstand des § 22 ZPO. auch im Falle einer Rechtsnachfolge auf der Aktivseite Platz greift, bejaht der Senat in Uebereinstimmung mit dem Landgericht und in Anschluß an die Entscheidung des Reichsgerichts 54, 207. Auch dagegen geht ihm kein Bedenken bei, daß der § 22, obgleich er im Gegensatz zu § 17 die Gewerkschaften nicht besonders aufführt, jedenfalls dann Anwendung

Digitized by Google

leidet, wenn es sich, wie hier, um einen Anspruch einer sogenannten Gewerkschaft des neuen Rechts handelt. Denn das Rechtsverhältnis dieser Gewerkschaft zu Gewerken entspricht durchaus denjenigen zwischen den in § 22 namentlich aufgeführten Organisationen zu ihren Mitgliedern, für eine unterschiedliche Behandlung ist kein Grund denkbar. Ebenso Gaupp-Stein ZPO. § 22 Bem. 1 und die Kommentatoren des Preußischen Berggesetzes, a. A. Skonietzki und Gelpcke, ZPO. § 22 Bem. 1. Hiernach kommt es nur noch darauf an, ob die Gewerkschaft ihren allgemeinen Gerichtsstand beim Landgericht hat. Im Gegensatz zur Vorinstanz bejaht der Senat auch diese Frage. Es kann nicht zugegeben werden, daß, wenn die Vorschrift einen allgemeinen Gerichtsstand für Gewerkschaften da begründet, wo „das Bergwerk liegt", nur an ein im Betrieb befindliches Bergwerk zu denken sei. Das Landgericht beruft sich hierfür lediglich auf eine Entscheidung des Reichsgerichts 30, 210 und des Oberlandesgerichts Celle in SeuffA. 54, 456. Ebenso Gaupp-Stein ZPO. § 17 Note 13. Allein von diesen Entscheidungen betrifft die erstere überhaupt nicht den Gerichtsstand, sondern die Frage, ob ein im Bezirk eines Knappschaftsvereins verliehenes Bergwerk schon vor seiner Inbetriebsetzung zum Beitritt berechtigt und verpflichtet sei, während die letztere einen Fall behandelt, in dem sich eine Gewerkschaft zur Begründung der Zuständigkeit des Gerichts lediglich darauf hatte berufen können, daß sie in dessen Bezirk nach Kalisalzen gebohrt habe, fündig geworden sei und einen Schacht niederzubringen beabsichtige, nicht aber darauf, daß ihr im Gerichtsbezirk ein Bergwerk verliehen sei. Für die Frage, ob der letztere Umstand zu Begründung des Gerichtsstandes genügt, ist also keine der beiden Entscheidungen zu verwerten. Ihre Bejahung ergibt sich daraus, daß der Abs. 2 des § 17 ZPO. ersichtlich von der Voraussetzung ausgeht: „Keine Gewerkschaft ohne Bergwerk". Dafür spricht die Fassung: „Gewerkschaften haben den allgemeinen Gerichtsstand bei dem Gerichte, in dessen Bezirke das Bergwerk liegt . . ." Ganz wie in Abs. 1 für Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften, Vereine usw. der allgemeine Gerichtsstand an den Sitz als etwas bei jeder dieser Organisationen selbstverständlich vorhandenes geknüpft wird, so in Abs. 2 für Gewerkschaften an „das Bergwerk". Läge dem Gesetze die Meinung zugrunde, daß es Gewerkschaften ohne Bergwerk gebe, so enthielte der Abs. 2 des § 17 eine offenbare Lücke. Diese Lücke wäre wohl zur Not aus Abs. 1 auszufüllen. Immerhin würde es sich um einen so auffallenden gesetzestechnischen Fehler handeln, daß man sich zu seiner Annahme

Digitized by Google

nur durch wirklich zwingende Gründe drängen lassen kann. Solche Gründe sind nicht vorhanden. Im Gegenteil. Gerade die vom Landgericht für seine Meinung angezogene Entscheidung des Reichsgerichts weist darauf hin, daß das Wort Bergwerk eine verschiedene Bedeutung hat, indem es einmal die bergbauliche Anlage, das andere Mal „das in einem bestimmten Felde unter einem bestimmten Namen verliehene Bergwerkseigentum" bezeichnet. Für seine Verwendung in der zweiten Bedeutung bieten die Berggesetze, insbesondere das preußische und das ihm nachgebildete coburg-gothaische, Belege zu beliebiger Auswahl. Statt vieler sei auf den § 108 Ziffer 2 des vorliegendenfalls in Betracht kommenden cobung-gothaischen Berggesetzes hingewiesen. Wenn hier verlangt wird, daß der Gewerkschaftsvertrag Bestimmung treffe über „die Bezeichnung des der Gewerkschaft gehörigen Bergwerks", so wird nicht leicht jemand auf den Gedanken verfallen, daß unter dem „Bergwerk" etwas anderes zu verstehen sei, als „das in einem bestimmten Felde verliehene Bergwerkseigentum". Denn vielleicht die meisten Gewerkschaften werden zu einer Zeit gegründet, zu der ein Bergwerk in anderem Sinne noch nicht vorhanden ist. Ist dem aber so, dann ist schlechterdings kein Grund erfindlich, weshalb in § 17 Abs. 2 ZPO., der bekanntlich wörtlich aus § 96 des preußischen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 übernommen ist, das Wort „Bergwerk" gerade den Sinn „bergbauliche Anlage" und nicht den „in einem bestimmten Feld verliehenes Bergwerkseigentum" haben soll. Also gerade den Sinn, der zur Annahme der obenbezeichneten Mangelhaftigkeit des Gesetzestextes und zu der de lege ferenda völlig unverständlichen Folgerung zwingt, den Gerichtsstand einer Gewerkschaft vor und nach Inbetriebsetzung des „ihr gehörigen Bergwerks" (siehe oben) verschieden zu bestimmen.

Insbesondere ist aus dem gesetzgeberischen Zweck des § 17 Abs. 2 ZPO. kein Anlaß zu entnehmen, die Vorschrift auf den Fall des Vorhandenseins eines im Betrieb befindlichen Bergwerks zu beschränken. Weshalb der Gesetzgeber für die Bestimmung des Gerichtsstandes auf die Frage Wert legen sollte, ob das Bergwerk in Betrieb gesetzt ist oder nicht, ist nicht zu verstehen. Nach allem ist dieser Umstand für die Anwendung des § 17 Abs. 2 ZPO. als gleichgültig anzusehen. So auch Skonietzki und Gelpcke, ZPO., Bem. 6 zu § 17.

Urteil des 3. Zivilsenats vom 12. Oktober 1908, U 72/08 (nach Gotha).

Digitized by Google

9. Armenrecht der Frau und Kostenvorschußpflicht des Mannes in Ehesachen. Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen betreffend Vorschußleistung.

In der beim Oberlandesgerichte Jena in der Berufungsinstanz anhängigen Klagsache der verehelichten L. in E. gegen ihren Ehemann, den Arzt und Schriftsteller L. in E., wegen Ehescheidung, wurde vom 1. Zivilsenat das Gesuch der Berufungsklägerin und Klägerin um Bewilligung des Armenrechtes durch Beschluß vom 3. Oktober 1908 zurückgewiesen, weil die Gesuchstellerin gegen ihren Ehemann Anspruch auf vorschußweise Zahlung der Prozeßkosten habe und deshalb trotz ihrer eigenen Armut nicht außerstande sei, ohne Beeinträchtigung des für sie notwendigen Unterhalts die Kosten zu bestreiten. Die verehelichte L. beantragte darauf, im Wege der einstweiligen Verfügung ihrem Ehemann die Leistung eines Kostenvorschusses von 135 M. aufzugeben. Auch diesen Antrag wies der 1. Zivilsenat durch Beschluß vom 28. Oktober 1908 zurück, indem er ausführte:

„Nach § 940 ZPO., der einzigen in Betracht kommenden gesetzlichen Vorschrift, können einstweilige Verfügungen zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen werden, sofern diese Regelung nötig erscheint. Auf Grund dieser Vorschrift hat das Reichsgericht in konstanter Praxis einstweilige Verfügungen für zulässig erklärt, durch welche in Ehescheidungsprozessen dem Manne die Leistung eines Kostenvorschusses an die Frau aufgegeben wird. Dem steht jedoch das Bedenken entgegen, daß diese Regelung sich nicht auf das streitige Rechtsverhältnis bezieht. Dieses, von Gaupp-Stein (Kommentar zur ZPO., Vorbem. VI B zu Buch VI Abschnitt 1) und anderen hervorgehobene Bedenken gegen die gesetzliche Zulässigkeit der beantragten Maßnahme ist bisher in keiner der Entscheidungen des Reichsgerichts zum Gegenstand näherer Prüfung gemacht. Die in den Entscheidungen 46, 356 und 47, 75 enthaltenen kurzen Hinweise dürften aber kaum genügen, es zu zerstreuen. Der Senat kann dem § 940 ZPO. nicht die weite Auslegung geben, daß es genügt, wenn die einstweilige Verfügung in irgendeiner Beziehung zu dem streitigen Rechtsverhältnis steht, sondern hält dafür, daß die auf Grund des § 940 erlassene einstweilige Verfügung die Regelung des streitigen Rechtsverhältnisses zum Gegenstand haben muß. Streitgegenstand im Ehescheidungsprozeß ist aber, wie die Entscheidung des Reichsgerichts 47, 75 im Gegensatz zu der Entscheidung 46, 356 auch anzuerkennen scheint, nicht das Güterrechtsverhältnis während bestehender Ehe und die

Digitized by Google

daraus sich eventuell ergebende materielle Kostenvorschußpflicht, sondern lediglich der Bestand der Ehe. Es erscheint schon im Hinblick auf die §§ 612 und 615 ZPO. nicht angängig, das eine Rechtsverhältnis als inbegriffen in dem anderen anzusehen. Streitig im Prozeß ist allerdings auch die Kostenerstattungspflicht, aber nicht die aus dem Güterrechtsverhältnis folgende materielle, sondern die auf Grund des § 91 der ZPO. bestehende prozessuale. Auf die Regelung dieses akzessorischen Verhältnisses kann aber § 940, der offenbar nur das in der Hauptsache streitige Rechtsverhältnis im Auge hat, nicht wohl bezogen werden; man würde sonst dazu kommen, in jedem Prozeß eine provisorische Regelung der Kostenerstattung zuzulassen.

Der Senat erachtet hiernach die beantragte einstweilige Verfügung für unstatthaft."

Auf die Beschwerde der verehelichten L. gegen die beiden Beschlüsse hat das Reichsgericht, 4. Zivilsenat, unterm 14. Dezember 1908 entschieden. Es hat die Armenrechtsversagung gebilligt, dagegen unter Aufhebung des Beschlusses vom 28. Oktober 1908 im Wege der einstweiligen Verfügung den Beklagten zur Zahlung eines Kostenvorschusses angehalten. Es hat ausgeführt:

Die Klägerin ist mit ihrer Scheidungsklage vom Landgericht abgewiesen worden. Sie hat Berufung eingelegt. Ihr Gesuch um Bewilligung des Armenrechts für die Berufungsinstanz wurde vom Berufungsgerichte mit Recht deshalb zurückgewiesen, weil sie gegen ihren (als bemitttelt zu erachtenden) Ehemann Anspruch auf vorschußweise Zahlung der Prozeßkosten habe und daher nicht außerstande sei, ohne Beeinträchtigung des für sie notwendigen Unterhalts die Kosten zu bestreiten. Die Beschwerde gegen diesen Beschluß mußte als unbegründet zurückgewiesen werden.

Nach Zurückweisung des Armenrechtsgesuches beantragte die Klägerin bei dem Berufungsgerichte, dem Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung aufzugeben, ihr zu Händen ihres Anwalts 135 M. Vorschuß (Gerichts- und Anwaltskosten) zu zahlen. Das Berufungsgericht wies durch den jetzt aufgehobenen Beschluß vom 28. Oktober 1908 den Antrag zu Unrecht zurück.

Die seit 1905 (nach vorangegangener Scheidung zum zweiten Male) miteinander verheirateten Parteien leben, — wie wohl unstreitig — im gesetzlichen Güterstande des Bürgerlichen Gesetzbuches. Für diesen Fall hat das Reichsgericht bereits in dem Beschlusse vom 12. Dezember 1900 (RG. 47, 72) ausgesprochen, daß der Ehemann im Ehescheidungsprozesse durch einstweilige Verfügung zur Zahlung

Digitized by Google

eines Kostenvorschusses für die Frau angehalten werden kann. An diesem Rechtssatze hat auch die spätere Rechtsprechung des Reichsgerichts festgehalten (vergl. z. B. JW. 1906 S. 356 Nr. 17, S. 560 Nr. 29) und es liegt auch gegenwärtig kein Grund vor, davon abzugehen. Der allerdings mehrfach beanstandete aber auch mehrfach gebilligte Beschluß entspricht dem Gesetz und dem Rechtsbedürfnisse. Das Bedenken des Berufungsgerichts, der § 940 ZPO. sei unanwendbar, weil als das der Regelung bedürfende streitige Rechtsverhältnis im Ehescheidungsprozesse der Bestand der Ehe, nicht aber das Güterverhältnis anzusehen sei, kann nicht geteilt werden. Der § 940 ZPO. gestattet einstweilige Verfügungen zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis. Das streitige Rechtsverhältnis ist allerdings der Bestand der Ehe, aber in Beziehung dazu steht auch, solange die Ehe besteht, die güterrechtliche Pflicht des Mannes gegenüber der Frau, die Kosten des Rechtsstreits vorläufig, d. h. unbeschadet künftiger Ausgleichung, zu tragen, und zwar nicht nur die fälligen, sondern auch die nach Maßgabe der Kostengesetze vorschußweise zu zahlenden Kosten. Die Anwendbarkeit des § 940 ZPO. kann um so weniger in Zweifel gezogen werden, als es sich hier um Scheidung handelt und in einem solchen Falle schon nach § 627 ZPO. dem Ehescheidungsgericht einstweilige Verfügungen gestattet sind, die keineswegs den Bestand der Ehe betreffen, sondern, wie z. B. gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten, nur in bezug auf dieses streitige Rechtsverhältnis die Regelung eines einstweiligen Zustandes bezwecken. Es liegt aber nicht der geringste Anlaß vor, die nicht minder wichtige Kostenvorschußfrage von einer sinnentsprechenden Regelung auszuschließen. Das Berufungsgericht hat sich denn auch jeder Darlegung, auf welche andere Weise der Notlage einer vorschußpflichtigen, aber unbemittelten Ehefrau eines vermögenden Mannes wirksam abgeholfen werden könne, enthalten. Daß es rechtsirrig ist, eine Frau in solcher Lage auf den Weg des Armenrechts zu verweisen, hat das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen, wird auch vom Berufungsgericht in dem aufrecht erhaltenen Beschlusse vom 3. Oktober 1908 nicht verkannt.

10. Altenburger Stempelsteuergesetz vom 24. Dezember 1899. Wann dient die Beglaubigung von Abschriften nur zur Vervollständigung der Akten und ist nach der Tarifstelle 6a stempelfrei.

Digitized by Google

Zur Eintragung einer Hypothek im Grundbuche hat der Bevollmächtigte des Schuldners bei dem Amtsgerichte eingereicht:

1) die notariell beglaubigte Schuldverschreibung in Urschrift mit dem Antrage, sie dem Gläubiger auszuhändigen,
2) die notariell beglaubigte Abschrift der Urkunde,
3) die notariell beglaubigte Abschrift seiner Vollmacht,

behufs Aufbewahrung bei den Grundakten (§ 9 GBO.).

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers, daß die Beglaubigungen der Abschriften unter Ziffer 2 und 3 nach der Tarifstelle 6a stempelfrei zu lassen seien, weil sie nur zur Vervollständigung der Akten dienten, hat das Landgericht die Stempelpflichtigkeit bejaht, da eine Vervollständigung der Akten nur dann in Frage kommen könne, wenn die Behörde, die die Akten führe, die Beglaubigung vornehme, hier aber der Notar die Abschriften zur Aufbewahrung bei den Akten des Grundbuchamtes beglaubigt habe.

Die Auffassung des Landgerichts bietet der Annahme Raum, daß die Beglaubigungen, wenn sie durch das Amtsgericht erfolgt wären, stempelfrei wären. Dies würde unbillig sein. Die Vorschrift der Tarifstelle 6a ist aber nicht so aufzufassen. Es ist vielmehr der Rechtssatz aufzustellen:

Werden von Urkunden, auf die sich eine Eintragung im Grundbuche gründet oder auf die sie Bezug nimmt, Abschriften beglaubigt, damit diese an Stelle der Urschriften, die der Antragsteller anders verwenden will, aufbewahrt werden, so ist diese Beglaubigung keine solche, die nur zur Vervollständigung der Akten erfolgt, gleichviel ob sie nach Einreichung durch das Gericht oder vorher durch den Notar geschieht.

Nur zur Vervollständigung der Akten findet eine Beglaubigung statt, wenn die Vervollständigung der einzige Zweck und außer ihm kein anderer vorhanden ist. Vollständige Akten zu haben, ist eine Pflicht, die dem Gericht als Teil seiner Amtspflichten von sich aus obliegt. Wenn es zu diesem Zwecke von Amts wegen eine Beglaubigung vornehmen muß, dann handelt es im staatlichen Geschäftsinteresse, nur zur Vervollständigung der Akten.

Findet aber die Beglaubigung der Abschrift statt im Interesse der Partei, infolge eines von ihr gestellten Antrages, so liegt der Fall der Vervollständigung der Akten nicht vor.

Der Notar handelt, wenn er Abschriften beglaubigt, nicht etwa in Geschäftsführung für das Gericht, und das Gericht nicht in Ausführung seiner Amtspflicht, in beiden Fällen wird die Beglaubigung

Digitized by Google

nur zur Befriedigung eines Privatbedürfnisses ausgeführt und ist stempelpflichtig.

Auch die preußische Gesetzgebung gewährt bei solchen Beglaubigungen infolge gleicher Erwägungen keine Stempelfreiheit (Heinitz, Kommentar[3] S. 254).

Beschluß des 3. Zivilsenats vom 2. April 1908. 3 Y 4/08 (nach Altenburg).

11. Zur Frage der Anwendbarkeit der §§ 887 und 888 ZPO. im Falle der Eigentumsübertragung auf einen Dritten in Ansehung eines nach dem vollstreckbaren Titel dem Gläubiger geschuldeten Grundstücks.

In einer bei dem Landgericht in W. anhängigen Prozeßsache hatten die Parteien zu gerichtlichem Protokoll zur Beilegung des Rechtsstreits einen Vergleich geschlossen, inhaltlich dessen der Beklagte eine zu seinem Grundstück Nr. 529 gehörige Parzelle dem Kläger zur Vergrößerung seines Grundstücks Nr. 528 abgetreten hatte.

Auf Antrag des Klägers ist vom Prozeßgericht dem Beklagten nach § 888 ZPO. aufgegeben worden, die Uebereignung bei Vermeidung einer Geldstrafe von 400 M. innerhalb 3 Monaten herbeizuführen. Der Beklagte hat sofortige Beschwerde eingelegt. Vom Kläger ist für den Fall, daß die Beschwerde als begründet anerkannt werden sollte, gestützt auf § 887 ZPO. beantragt worden,

den Gläubiger zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Uebereignung des abgetretenen Areals zu Eigentum des Gläubigers hypothekenfrei herbeizuführen.

Vom Beschwerdegericht sind unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die Anträge des Klägers zurückgewiesen worden mit folgender Begründung:

Unter den Parteien besteht Einigkeit darüber, daß das in Frage stehende Areal bei Abschluß des Vergleichs dem Beklagten gerichtlich übereignet und im Kataster zugeschrieben war, daß es jetzt aber dem Rentner R. auf Grund gerichtlicher Uebereignung im Kataster zugeschrieben steht, der das Grundstück Nr. 529 vom Beklagten gekauft hat.

Es hängt daher die dem Beklagten aufgegebene gerichtliche Uebereignung von einer Willenserklärung des R., nicht also von einer Handlung ab, die ihrerseits im Sinne des § 888 ZPO. ausschließlich von dem Willen des Beklagten abhängig wäre.

Daran ändert auch der Umstand nichts, daß sich angeblich der Beklagte bei Abschluß des Verkaufs mit R. die Möglichkeit offen-

Digitized by Google

gehalten hat, die fragliche Parzelle zurückzuerwerben, um sie dem Kläger gerichtlich übereignen zu lassen.

Die Anordnung einer Maßregel im Sinne des § 888 ZPO. erscheint so lange ausgeschlossen, als die Rückübereignung auf den Beklagten noch nicht bewirkt ist, die ihrerseits wieder von einer abzustellenden, nötigenfalls im Rechtsweg zu erzwingenden Willenserklärung einer mit dem Beklagten nicht identischen Person, nämlich des R. abhängt.

Aber auch die Anordnung einer Maßregel im Sinne des § 887 ZPO. erscheint ausgeschlossen. Wie schon oben dargelegt, war nach dem Vergleich der Beklagte, dem damals auf Grund gerichtlicher Uebereignung die in Frage stehende Parzelle im Kataster zugeschrieben stand, verpflichtet, das ihm zustehende Bucheigentum dem Kläger zu übertragen.

Die Möglichkeit und damit auch die Verpflichtung hierzu kam vorbehältlich einer aus § 276 Abs. 1 BGB. sich ergebenden Verpflichtung zur Schadensersatzleistung an Stelle der unmöglich gewordenen Hauptleistung dadurch in Wegfall, daß das grundbücherliche Verfügungsrecht auf R. überging.

Die Vorschrift in § 887 ZPO. setzt aber voraus, daß die Verpflichtung aus der zur Zwangsvollstreckung stehenden Forderung nicht nachträglich in Wegfall gekommen ist, während es in Ansehung der etwa an deren Stelle getretenen, unter Umständen das klägerische Verlangen nach Beschaffung dem Schuldner fremden Eigentums rechtfertigenden Schadensersatzverpflichtung an einem vollstreckbaren Titel fehlt.

An dieser Sachlage ändert auch der Umstand nichts, daß der Beklagte angeblich bei Abschluß des Kaufvertrags mit R. die Möglichkeit sich offengehalten hat, die fragliche Parzelle zurückzuerwerben, um sie dem Kläger gerichtlich übereignen zu lassen.

Dieser Möglichkeit ungeachtet läßt sich nicht übersehen, ob und wann etwa die zur Zeit für den Beklagten bestehende Unmöglichkeit, seinerseits dem Kläger das Bucheigentum an der in Frage stehenden Parzelle zu verschaffen, wieder in Wegfall kommen wird, so daß man von einer nur mit den Rechtsfolgen einer Leistungsverzögerung verbundenen lediglich vorübergehenden Unmöglichkeit nicht reden kann.

Vorstehende Auffassung befindet sich im Endergebnis im Einklang mit der Entscheidung des Oberlandesgerichts in den ThürBl. 31, 280 und nicht im Widerspruch mit der in SeuffA. 59, 381 abgedruckten Entscheidung des Reichsgerichts.

Digitized by Google

Die Vorschrift des § 848 Abs. 2 ZPO., auf Grund deren das Reichsgericht anscheinend zu einem mit der gegenwärtigen Entscheidung im Widerspruch stehenden Resultat gelangt, hat die Anlegung des Grundbuchs zur Voraussetzung, und hat für den vorliegenden Fall, selbst wenn jene Entscheidung zu billigen wäre, außer Anwendung zu bleiben, weil das Grundbuch im Großherzogtum noch nicht angelegt ist.

Beschluß des 1. Zivilsenats vom 21. Oktober 1907 (nach Weimar).

2. Strafrecht und Strafverfahren.

1. Rechtsgültigkeit und Tragweite des Geraer Ortsstatuts über das öffentliche Anschlagswesen.

§ 12 des Geraer Ortsstatuts vom 14. November 1878, die Regelung des öffentlichen Anschlagswesens betreffend, bedroht u. a. den mit Strafe, der Anzeigen auf öffentlichen Plätzen, Straßen und Wegen des Gemeindebezirks an anderen Orten als an den von der Stadtgemeinde zu diesem Zwecke errichteten Säulen oder Tafeln ohne Genehmigung ihres Erpachters anbringt. Die Vorinstanz hat den Angeklagten, der ohne diese Genehmigung eine Geschäftsanzeige an der Straßenfront eines Hauses in Gera hat anmalen lassen, von der Beschuldigung der Uebertretung der obigen Bestimmung freigesprochen, weil das Anmalen von Anzeigen durch sie nicht getroffen werde, sondern bloß das Anschlagen, Ankleben und dergleichen. Dem kann nicht beigetreten werden. Wortlaut wie Zweck der Vorschrift verbieten eine solche Beschränkung ihrer Anwendung. Mag diese ihre Entstehung rein straßenpolizeilichen oder auch ästhetischen oder finanziellen Rücksichten verdanken, in keinem Falle ist ersichtlich, weshalb das Anmalen von Reklamen gegenüber dem Ankleben und dergl. hätte begünstigt werden sollen. Wenn, worauf sich die Strafkammer beruft, in den §§ 2—11 des Statuts von Anschlagen, Ankleben, Aushängen, Abnehmen, nirgends aber von Anmalen die Rede ist, so erklärt sich das ganz einfach daraus, daß diese Paragraphen, abgesehen von dem Ausspruch, daß die Anschlagsäulen und -Tafeln von der Stadtgemeinde errichtet und unterhalten werden, und daß die Befugnis zu ihrer Benutzung verpachtet wird (§ 2 Satz 1 und 2), lediglich Bestimmungen für den Erpachter der Befugnis enthalten (§ 2 Satz 3), der sie, wie § 3 Abs. 3 ausdrücklich vorschreibt, nur durch Ankleben von Plakatzetteln ausüben soll. Dagegen spricht § 12 ebenso wie § 1, der den Grundsatz der Beschränkung der öffentlichen Anschläge auf die Anschlagsäulen oder -Tafeln aufstellt, allge-

Digitized by Google

mein vom Anbringen von Anzeigen, trifft also jede Form dieses Anbringens, insbesondere auch das Anmalen.

Hiernach muß das Urteil des Strafkammer wegen Verletzung des materiellen Rechts aufgehoben werden, wenn der angezogene § 12, was die Vorinstanz dahingestellt sein läßt, rechtsverbindlich ist.

Diese Frage wird nicht durch die im Schöffengerichtsurteil enthaltene Erwägung erschöpft, daß § 30 Abs. 2 des Reichspreßgesetzes der Landesgesetzgebung das Recht, Vorschriften über das Plakatwesen zu erlassen, vorbehalte, und daß auch die Gemeindegesetzgebung Landesgesetzgebung sei. Denn hiermit ist zwar der richtige Satz ausgesprochen, daß das Reichspreßgesetz der Gültigkeit einer ortsstatutarischen Vorschrift, wie der hier in Frage stehenden, nicht entgegensteht, aber zunächst nichts über die Norm des Landesstaatsrecht gesagt, die den Gemeinden die Befugnis einräumt, eine solche Vorschrift zu erlassen. Die Bekanntmachung des Stadtrats zu Gera vom 2. Juli 1879, die das Ortsstatut vom 14. November 1878 in Wirksamkeit setzt, nimmt Bezug auf den Art. 11 der revidierten Gemeindeordnung, und dieser bildet in der Tat seine gesetzliche Grundlage, insofern er den Gemeinden u. a. das Recht verleiht, zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit innerhalb des Gemeindebezirks Ortsstatuten zu errichten und Gebote und Verbote aus Rücksichten des öffentlichen Wohles mit Strafandrohung zu erlassen. Daß die Regelung des öffentlichen Anschlagswesens der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dient, ist nicht zu bezweifeln; welche Bestimmungen im einzelnen zu diesem Zwecke angebracht sind, haben allein die Verwaltungsbehörden zu ermessen, eine richterliche Nachprüfung nach dieser Richtung ist ausgeschlossen. Zweifelhaft scheinen könnte aber, ob das Ortsstatut vom 14. November 1878 und insbesondere sein § 12 dem gedachten polizeilichen Zwecke zu dienen bestimmt ist. Es fällt nämlich auf, daß § 12 des Ortsstatuts das Anbringen von Anzeigen auf öffentlichen Plätzen, Straßen und Wegen an andern Orten als an den von der Stadtgemeinde zu diesem Zwecke errichteten Säulen oder Tafeln nicht schlechthin unter Strafe stellt, sondern nur dann, wenn es ohne Genehmigung des Erpachters dieser Säulen oder Tafeln erfolgt. Wäre hieraus zu entnehmen, daß es in die Hand des Erpächters gelegt sein soll, durch seine Genehmigung das Anbringen von Anzeigen an anderen Orten als den von ihm erpachteten städtischen Säulen oder Tafeln zu einem erlaubten zu machen, so müßte man in der Tat Bedenken gegen die Annahme hegen, daß das Ortsstatut einem anderen Zwecke dienen

Digitized by Google

solle, als dem, aus dem öffentlichen Anschlagwesen eine Einnahmequelle für die Stadtgemeinde zu machen. Denn sind es Rücksichten des öffentlichen Wohles, die die Beschränkung von Plakaten auf die von den städtischen Behörden aufgestellten Säulen fordern, so kann nicht die Möglichkeit eröffnet werden, dem Erpachter dieser Säulen die Erlaubnis zur Anbringung von Anzeigen an anderen Orten im Widerspruch mit dem öffentlichen Wohl abzukaufen. In Wirklichkeit wird aber dem Erpachter der städtischen Anschlagsäulen die vorstehend erörterte Befugnis nicht eingeräumt. Vielmehr verbietet § 1, von einigen hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen, das Anbringen von Anzeigen auf den öffentlichen Plätzen, Straßen und Wegen an anderen Orten als an den öffentlichen Anschlagsäulen oder Tafeln schlechthin. Ein Recht des Erpachters dieser Säulen oder Tafeln, von dem Verbot zu dispensieren, ist nirgends statuiert. Nur die Strafsanktion des § 12 knüpft an die Nichtgenehmigung des Erpachters an. Der Rechtszustand ist also der, daß, soweit wenigstens das Ortsstatut vom 14. November 1878 in Frage kommt, das Anbringen von Anzeigen an anderen Orten als den städtischen Anschlagsäulen zwar strafbar nur dann ist, wenn es nicht vom Erpachter dieser Säulen genehmigt ist, unerlaubt aber unter allen Umständen. Weshalb diese zunächst jedenfalls sonderbar erscheinende Regelung beliebt worden ist, ob etwa ein gesetzgeberisches Versehen vorliegt, läßt sich ohne nähere Kenntnis der einschlagenden Verhältnisse nicht beurteilen, ist aber auch für die Entscheidung gleichgültig. Es genügt, daß § 1 des Ortsstatuts den polizeilichen Charakter des durch § 12 nach der strafrechtlichen Seite allerdings nur unvollkommen ausgestalteten Verbotsgesetzes ergibt. Daß gleichzeitig die Errichtung von Anschlagsäulen von der Stadt in eigene Regie übernommen und monopolisiert worden ist, steht der Annahme nicht entgegen, daß die Regelung der Materie im wesentlichen polizeilichen Rücksichten entsprungen ist.

Zu prüfen bleibt aber, ob nicht etwa der § 43 der GewO. der Gültigkeit des Ortsstatuts und insbesondere seines § 12 entgegensteht. Nach dieser Bestimmung muß die Ortspolizeibehörde die Erlaubnis zum gewerbsmäßigen Ausrufen, Verkaufen, Verteilen, Anheften und Anschlagen von Druckschriften usw. an öffentlichen Orten jedem erteilen, gegen den nicht einer der in § 57 Ziff. 1, 2, 4, der §§ 57a und 57b Ziff. 1 und 2 aufgeführten Versagungsgründe vorliegt, wobei noch bestimmt ist, daß auf das bloße Anheften und Anschlagen der Versagungsgrund der abschreckenden Entstellung keine Anwendung

Digitized by Google

findet. Es könnte scheinen, daß hiermit der Inhalt des Ortsstatuts in einem, wenn nicht formalen, so doch materiellen Widerspruch insofern stehe, als danach das Anschlagen und Anheften von Druckschriften an öffentlichen Orten der Stadt Gera nur dem Erpachter der städtischen Anschlagsäulen oder -Tafeln, oder vielmehr den von ihm hierzu angenommenen, dem Stadtrat zur Bestätigung anzuzeigenden Personen (§§ 2, 10) erlaubt ist. Es ist jedoch folgendes zu bedenken:

Zunächst wird das Ausrufen, Verkaufen und Verteilen von Druckschriften usw. durch das Ortsstatut überhaupt nicht betroffen. Insoweit also eine Beschränkung des Gewerbebetriebes der sogenannten Plakateure vorliegt, bezieht sie sich nur auf einen Teil der einschlagenden Betriebshandlungen. Sodann liegt es in der Natur der Sache, das der Plakateur beim Anschlagen von Schriften auf die Einwilligung der Eigentümer der Gegenstände angewiesen ist, an denen der Anschlag bewirkt werden soll, daß er also bei der Ausübung dieser Seite seiner Tätigkeit von dem guten Willen Dritter abhängig ist. Eine Garantie dafür, daß er von der ihm erteilten gewerbepolizeilichen Erlaubnis nach der hier in Rede stehenden Richtung hin faktisch Gebrauch machen könne, übernimmt weder der Gesetzgeber noch die Verwaltungsbehörde. Dann kann es ihm aber nicht zur Beschwerde gereichen, wenn wirtschaftliche oder verkehrspolizeiliche Rücksichten auch zur Aufstellung rechtlicher Beschränkungen der Möglichkeit der Ausübung seines Gewerbes führen.

Verschlossen ist das gewerbsmäßige Plakatieren demjenigen, der die ortspolizeiliche Erlaubnis hierzu gemäß § 43 der GewO. erlangt hat, auch nach dem Ortsstatut vom 14. November 1878 nicht. Freilich kann er es nur in der Weise betreiben, daß er sich in ein Dienstverhältnis zum Pächter der städtischen Anschlagsäulen oder -Tafeln begibt und die Zulassung zur Verwendung hierbei seitens des Stadtrats erlangt. Gewiß ist diese Beschränkung des Gewerbebetriebs eine sehr weitgehende, immerhin kann man nicht sagen, daß sie die durch §§ 1 und 43 der GewO. gewährleistete Freiheit aufhöbe.

Auf Grund ähnlicher Erwägungen wird in Literatur und Rechtsprechung verschiedentlich anerkannt, daß es den Gemeinden durch die Gewerbeordnung nicht verwehrt ist, den freien Betrieb eines Gewerbes teils aus Rücksichten der Polizei, teils als Eigentümer gewisser Gegenstände, beispielsweise die Ausübung des Leichenbestattergewerbes als Eigentümer der Friedhöfe, tatsächlich unmöglich zu machen. Vergl. Landmann, GewO. (5) S. 103, S. 48—49; RGZ. 23, 22 ff.; 42, 51 ff.; Reger, Entsch. 13, 116 ff.; 23, 189 ff.

Urteil des Ferienſenats vom 17. Juli 1908, S 41/08 (nach Gera).

Digitized by Google

2. Ein Einwohner, der vor der Gemeinderatswahl über die Gegenpartei ehrenrührige Tatsachen zu dem Zwecke verbreitet, dadurch die Wähler seiner Partei zuzuführen, handelt zur Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB.).

Ein Einwohner von J. verbreitete in dem von ihm redigierten liberalen Lokalblatte kurz vor den — geheimen — Wahlen zum dortigen Gemeinderate ein Gerücht, wonach die Führer der sozialdemokratischen Partei beabsichtigten, die Mitglieder und Freunde dieser Partei in ihren Wohnungen daraufhin zu kontrollieren, daß sie auf die amtlich ausgegebenen Wahlzettel nur die von der sozialdemokratischen Parteileitung aufgestellten Kandidaten schrieben. Von den Vorinstanzen wurde er deshalb wegen übler Nachrede verurteilt. Auf seine Revision hob der Strafsenat das Urteil des Landgerichts auf und sprach ihn frei aus folgenden Gründen:

Den Angriffen der Revision gegen die Feststellungen des Landgerichtsurteils, der Inhalt des Artikels habe einen beleidigenden Charakter und der Angeklagte sei sich dessen bewußt gewesen, ist der Erfolg zu versagen. Denn das Urteil stellt ohne Rechtsirrtum alle wesentlichen Momente fest. Es ist nicht irrig, wenn der Inhalt des Gerüchts, die Privatkläger beabsichtigten durch Ausübung einer Kontrolle der Ausfüllung der Wahlzettel eine Beeinflussung der Wahlfreiheit, als geeignet bezeichnet wird, die Privatkläger verächtlich zu machen und in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen (§ 186 StGB.). Es ist richtig, daß darauf nichts ankommt, ob das Gerücht mit dem Zusatze weiter gegeben wird, es sei unglaubhaft; denn dies schließt den Begriff des Verbreitens (§ 186) nicht aus (RGSt. 38, 368). Es ist auch ausdrücklich festgestellt, daß der Angeklagte sich des ehrenrührigen Charakters des von ihm wiedergegebenen Gerüchts bewußt gewesen ist; diese ohne Rechtsirrtum zustande gekommene tatsächliche Feststellung ist in dieser Instanz nicht mehr anzugreifen. Endlich ist auch festgestellt, daß für die Wahrheit der in dem Gerücht angegebenen Absichten sich kein Beweis ergeben habe; also auch der § 192 StGB. ist nicht verletzt.

Dagegen ist die Revision insoweit begründet, als sie Verletzung des § 193 des StGB. rügt. Das angefochtene Urteil kommt zu dem Schlusse: es liege kein berechtigtes Interesse vor, zu dessen Wahrnehmung die beleidigende Nachrede erfolgt sei, und es gehe auch aus der Form das Vorhandensein einer Beleidigung hervor.

Das Vorliegen eines berechtigten Interesses verneint es deshalb, weil bei billiger Abwägung sich ergebe, daß das Interesse der Privat-

Digitized by Google

kläger an der Unversehrtheit ihrer Ehre über das Interesse des Angeklagten, die Zahl seiner Parteigenossen (der Liberalen) im Gemeinderate zu vermehren, gestellt werden müsse. Diese Wertabwägung kann indessen nicht als zutreffend anerkannt werden; das vom Angeklagten verfolgte Interesse muß vielmehr als nicht nachgeordnet, sondern als „berechtigt" angesehen werden, da der Angeklagte Einwohner der Gemeinde und als solcher an den Hergängen bei den Gemeinderatswahlen persönlich interessiert ist und da sein Artikel sich gerade mit einem diese Wahlen beeinflussenden Verhalten der Privatkläger unmittelbar befaßt. So hat auch das RGSt. 39, 264 sich dahin ausgesprochen: wenn in einer Volksversammlung aus Anlaß der bevorstehenden Stadtverordnetenwahlen von Rednern vermeintliche Mißstände (z. B. in der städtischen Krankenhausverwaltung) behauptet würden zu dem Zwecke, dadurch die Wähler ihrer Partei zuzuführen, so handelten die Redner zur Wahrnehmung berechtigter Interessen. Das Vorliegen eines berechtigten Interesses verneint das Reichsgericht in derartigen Fällen nur dann, wenn die Behauptung oder Verbreitung wider besseres Wissen geschah, da dann der darin liegende Verstoß gegen die guten Sitten die Berechtigung des Interesses ausschließe (GoltdA. 50, 400). Der Grundgedanke des Reichsgerichts ist der, daß das Bestreben, der eigenen Partei — als der vermeintlich der Allgemeinheit nützlichsten — Wähler zuzuführen, als ein berechtigtes Interesse anzuerkennen sei. Dem ist beizupflichten. Dieses Bestreben hat nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils der Angeklagte gehabt und mit dem Artikel betätigt — vergl. auch RGSt. 26, 18 —. Dieser Auslegung der landgerichtlichen Feststellungen steht auch der Satz des Urteils nicht entgegen: es sei anzunehmen, daß der Artikel „lediglich eine Schädigung" der Interessen der sozialdemokratischen Partei, der Partei der Privatkläger, bezwecke. Denn nicht nur ist in diesem Satze selbst beigefügt: „zugunsten der vom Angeklagten vertretenen Partei", sondern es ist derselbe Gedanke auch im vorausgehenden und im folgenden Satze ausgesprochen; im vorausgehenden wird gesagt, es sei eine Erfahrungstatsache, daß die Anhänger der einen Partei über andere Parteien diesen schadende Vorwürfe erheben, um selbst für ihre Partei möglichst viel Gewinn herauszuschlagen, und im nachfolgenden Satze wird als Gegenstand der Abwägung das Interesse bezeichnet, das der Angeklagte an einer Vermehrung der seiner politischen Partei angehörenden Gemeinderatsmitglieder hat. Der Sinn der landgerichtlichen Feststellung ist also nicht etwa der, daß lediglich Schädigung der Gegenpartei der eigentliche und alleinige Zweck des Artikels sei, sondern

Digitized by Google

daß eine Vermehrung der eigenen Partei das Ziel sei, das verfolgt werde und das zugleich auf dem Wege und mit dem Erfolge der Schädigung des Gegners erreicht werden solle. Dieses Streben, der eigenen Partei Wähler zuzuführen, ist aber, wie angeführt, die Wahrnehmung eines berechtigten Interesses, die nach § 193 StGB. Straffreiheit bewirkt.

Diese Straffreiheit würde nun zwar gleichwohl nicht bestehen, wenn die Form der Aeußerung das Vorhandensein (die Absicht) der Beleidigung ergäbe. Das Landgericht nimmt dies aber mit Unrecht deshalb an, weil in dem Artikel die Ausdrücke „unerhörte" Wahlbeeinflussung und „verwerfliches" Verhalten vorkommen. Das ist eine offenbare Verwechselung von Form und Inhalt. Denn diese Ausdrücke charakterisieren das gerüchtweise Mitgeteilte auch nach der Auffassung der Privatkläger nur durchaus sachgemäß, ohne jeden Exzeß in der Form. Sie können deshalb keine Form sein, aus der selbständig auf die Absicht der Beleidigung geschlossen werden könnte.

Das Urteil ist deshalb aufzuheben. Einer Zurückverweisung zu nochmaliger Verhandlung und Entscheidung bedarf es nicht. Die tatsächlichen Unterlagen zur Beantwortung der Frage nach der Berechtigung des Interesses sind bereits genügend festgestellt und wegen der Form hat das Landgericht weitere Feststellungen, als jene beiden Ausdrücke, offenbar nicht treffen können. Es hat deshalb alsbald durch das Revisionsgericht Freisprechung zu erfolgen.

Urteil des Strafsenats vom 14. Dezember 08, V 39/08 (nach Weimar).

3. Kenntnis von der Person des Täters im Sinne des § 61 StGB. Eventualvorsatz und Fahrlässigkeit.

Der Eigentümer eines durch ein Automobil beschädigten Pferdes verlangte auf Grund des § 170 StPO. die Anordnung, daß gegen den Chauffeur die öffentliche Klage wegen Sachbeschädigung zu erheben sei. Der Antrag wurde verworfen mit folgender Begründung:

Dem Antrag steht zunächst das Bedenken entgegen, daß allem Anschein nach die Antragsfrist nicht gewahrt ist. Der Antragsteller beruft sich bloß darauf, daß er die Firma H. & Cie. wiederholt vergeblich um Angabe des Namens des Chauffeurs ersucht habe, den er der Sachbeschädigung bezichtigt. Allein die Kenntnis des Namens des Täters ist nicht erforderlich, um die Antragsfrist in Lauf zu setzen. § 61 StGB. erfordert nur Kenntnis von der Person des Täters. Dazu genügt eine solche Kenntnis, die den Antragsberechtigten in den Stand setzt, den Täter in einer für die Straf-

Digitized by Google

verfolgungsbehörde erkennbaren Weise individuell zu bezeichnen (Olshausen-Zweigert, StGB. § 61 Note 36; RGSt. 27, 34). Die Bezeichnung einer Person nach ihrer Berufsstellung im Betriebe einer bekannten Firma wird sie jedenfalls dann genügend erkennbar machen, wenn mehrere Personen in derselben Stellung bei der Firma nicht beschäftigt sind. Aber auch wenn das letztere nicht zutrifft, muß es als genügend angesehen werden, daß der Antragsberechtigte Angaben zu machen imstande ist, nach denen der Täter aus der Zahl der in Betracht kommenden Personen ohne weiteres herausgefunden werden kann. Das ist hier der Fall, wo sogar die Nummer des Automobils genannt worden ist, mit dem der Täter zu einer bestimmten Zeit eine bestimmte Straßenstelle befahren hat.

Allein der Antrag ist auch sachlich unbegründet. Mit Recht hat die Staatsanwaltschaft darauf hingewiesen, daß die vom Antragsteller vorgetragenen Umstände keinenfalls mehr als den Verdacht fahrlässigen Handelns ergeben. Wenn in der Strafanzeige bemerkt ist, der Chauffeur habe sehen müssen, daß beim Herannahen des Automobils das Pferd unruhig wurde, und habe sich sagen müssen, daß, wenn er trotzdem und trotz der engen Passage weiter fuhr, ein Unglück, namentlich auch eine Beschädigung des Pferdes eintreten könne, und daher liege eine mit dolus eventualis begangene Sachbeschädigung vor, so ist klar, daß damit der Begriff des dolus eventualis vollständig verkannt ist. Denn zum Vorsatz, auch dem dolus eventualis, gehört vor allen Dingen, daß der Täter die Möglichkeit des verbotenen Erfolgs nicht nur hat erkennen müssen, sondern wirklich erkannt hat. Das bloße Erkennenmüssen involviert unter allen Umständen nur Fahrlässigkeit. Aber auch daß der Täter die Möglichkeit des Erfolges erkannt hat, bildet erst das eine der beiden begrifflichen Erfordernisse des Eventualdolus. Sein Vorliegen für sich allein hebt die Tat noch nicht über die Schuldstufe der Fahrlässigkeit heraus, ergibt vielmehr nur die Möglichkeit der Einreihung der Tat in die Gattung der bewußt fahrlässigen Delikte, die positivrechtlich nicht anders behandelt wird als die der unbewußt fahrlässigen. Damit Vorsatz angenommen werden könne, ist vielmehr noch erforderlich, daß der Täter mit dem Erfolg, wenn er eintritt, einverstanden ist, anders ausgedrückt, daß der Täter erkennbarermaßen selbst dann so gehandelt haben würde, wie er gehandelt hat, wenn er den Erfolg nicht bloß als möglich, sondern als gewiß angesehen hätte (Olshausen-Zweigert, StGB. § 59 Note 6; Frank, StGB. § 59 Bem. III; RGSt. 33, 4). In der an den Oberstaatsanwalt gerichteten Beschwerde wird zwar angenommen, daß der Chauffeur die Möglichkeit einer Be-

Digitized by Google

schädigung des Pferdes als Folge seines Verhaltens nicht nur habe erkennen müssen, sondern erkannt habe, auch die Billigung des Erfolgs durch den Täter als Erfordernis des Eventualdolus bezeichnet, aber sein Vorliegen ohne weiteres aus dem Bewußtsein von der Möglichkeit des Erfolgs geschlossen. Das letztere ist selbstverständlich unrichtig. Müßte man annehmen, daß jeder, der mit der Erkenntnis der Möglichkeit eines bestimmten Erfolgs handelt, diesen Erfolg eventuell gebilligt habe, so wäre es völlig zwecklos, diese Billigung als ein selbständiges Begriffserfordernis neben der Erkenntnis der Möglichkeit des Erfolgs aufzustellen. Tatsächlich ergibt der Inhalt des Antrags auf gerichtliche Entscheidung nicht den geringsten Anhalt für die Annahme, daß der Chauffeur die Beschädigung des Pferdes in dem vorstehend dargelegten Sinne wenigstens eventuell gewollt habe. Wenn der Antragsteller bemerkt, das Fehlen des Eventualdolus könne ohne genaue Prüfung des tatsächlichen Hergangs unmöglich festgestellt werden, so verkennt er, daß die Erhebung der öffentlichen Klage das Vorliegen genügender Verdachtsgründe auch bezüglich des subjektiven Schuldmoments voraussetzt. An solchen Verdachtsgründen fehlt es eben.

Beschluß des Strafsenats vom 30. November 1908, W 202/08.

4. Zu § 20 Abs. 2 und § 21 Abs. 2 des Preßgesetzes Eventualdolus des Redakteurs. Mitredakteur als Einsender.

Nach den tatsächlichen Feststellungen der Strafkammer ist der zur Anklage stehende Artikel ohne Wissen und Willen des Angeklagten in den von ihm redigierten Teil der R.schen Volkszeitung eingerückt worden. Seine Aufnahme ist vielmehr von dem Mitredakteur der Zeitung S. veranlaßt und infolge einer eigenmächtigen Anordnung des Metteurs nicht in dem von S., sondern in dem vom Angeklagten redigierten Teil der Zeitung bewirkt worden. Diese wird in G. gedruckt, wo auch die Hauptredaktion unter S. ihren Sitz hat, während der Angeklagte in Gr. wohnt. Er schickt das von ihm zum Druck bestimmte Material an die Hauptredaktion und bekommt Korrekturbogen nicht zu Gesicht, doch besteht die Uebung, daß ohne sein Wissen und Willen keine Artikel unter der Rubrik, für die er verantwortlich zeichnet, veröffentlicht werden. Allerdings ist von dieser Uebung des öfteren abgewichen worden, doch ist dem Angeklagten, der die Redaktion vertretungsweise und erst seit 14 Tagen besorgte, keine solche Abweichung aufgefallen.

Bei dieser Sachlage konnte der Vorderrichter ohne Rechtsirrtum aussprechen, daß die Annahme der Täterschaft des Angeklagten im

Digitized by Google

Sinne des § 20 Abs. 2 des Preßgesetzes durch besondere Umstände ausgeschlossen sei. Die Staatsanwaltschaft hat in der Revisionsverhandlung unter Berufung auf die in der Jur. Wochenschr. 1906 S. 795 Nr. 65 mitgeteilte Reichsgerichtsentscheidung bemängelt, daß nicht auch der Ausschluß von Eventualdolus festgestellt sei. Allein diese Feststellung ist in dem eben bezeichneten Ausspruch enthalten. Ihrer besonderen Hervorhebung bedurfte es bei dem eingangs mitgeteilten Sachverhalt nicht. Das ergibt sich ohne weiteres, wenn man berücksichtigt, daß es sich nicht um einen generellen Eventualvorsatz in dem Sinne handeln kann, daß der Redakteur sich vorstellt, es könne in der von ihm redigierten Zeitung etwas abgedruckt werden, was sich als irgendeine strafbare Handlung darstellt, von deren wesenlichen Merkmalen er sich aber keine Vorstellung macht, daß vielmehr die Vorstellung auf einen Beitrag mit einem in bestimmter rechtlicher und tatsächlicher Beziehung die Strafbarkeit begründenden Inhalt gerichtet sein muß, dessen Veröffentlichung der Redakteur für den Fall ihres Eintritts im voraus billigt. Auf diesen Gegensatz weist gerade auch die erwähnte Reichsgerichtsentscheidung unter Bezugnahme auf ältere Urteile desselben Gerichtshofs ausdrücklich hin. Keinesfalls darf die Grenze zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz vermischt werden. Es genügt nicht, daß der Redakteur Vorbeugungsmaßregeln gegen den Abdruck von ihm nicht zur Durchsicht vorgelegten Artikeln mit dem Bewußtsein der soeben bezeichneten abstrakten und inhaltlich nicht näher bestimmten Möglichkeit unterläßt. Dieses Bewußtsein wird selbst bei einem Manne von der allermäßigsten Intelligenz und Ueberlegung kaum auszuschließen sein, wenn er es an der Kontrolle des Zeitungsdrucks irgendwo fehlen läßt. Man würde also bei der bezeichneten Anwendung des § 20 Abs. 2 des Preßgesetzes auf einen Standpunkt zurückkommen, der sich von dem seit dem Beschluß der vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts vom 6. Juni 1891 (RGSt. 22, 63) endgültig aufgegebenen praktisch kaum unterscheidet, daß der Redakteur die gesetzliche Vermutung seiner vorsätzlichen Täterschaft nur durch den Nachweis solcher außergewöhnlicher Umstände entkräften könne, die außerhalb seines Willens liegen und auch nicht durch Fahrlässigkeit herbeigeführt sind (vergl. RGSt. 31, 211). Vielmehr soll durch die Heranziehung des Eventualvorsatzes nur verhütet werden, daß der Redakteur der Bestrafung nach § 20 Abs. 2 des Preßgesetzes dadurch entgeht, daß er sich der Wahrnehmung von ihm obliegenden Pflichten böswillig entzieht (vergl. hierzu insbesondere die Reichsgerichtsentscheidung in Goltdammers Archiv 52, 395). Einer derartigen Unterstellung ist aber durch die Feststellungen der Vorinstanzen der Boden entzogen.

Digitized by Google

Unbedenklich ist auch die Annahme des Vorderrichters, daß eine Bestrafung des Angeklagten auf Grund des § 21 Abs. 1 des Preßgesetzes dadurch ausgeschlossen sei, daß er als den Einsender des Artikels seinen Mitredakteur S. nachgewiesen habe (Abs. 2 a. a. O.). Auf den ersten Blick mag es befremden, einen Redakteur einer Zeitung hinsichtlich eines in ihr erschienenen Artikels als Einsender bezeichnet zu sehen. Allein es ist zu bedenken, daß S. Redakteur des Teils der Zeitung, in dem der Artikel erschienen ist, nicht ist. Eine solidarische Verantwortlichkeit von Mitredakteuren hat das Preßgesetz abgelehnt (Stenglein, Strafrechtl. Nebengesetze, Note 10 zu § 7 des Preßgesetzes). Jeder Teilredakteur ist hinsichtlich des seiner Redaktion nicht unterstehenden Teils Nicht-Redakteur. Er kann also als Einsender in Betracht kommen und kommt tatsächlich vorliegendenfalls als solcher in Betracht, weil er die Aufnahme des Artikels in die Zeitung veranlaßt hat. Mag er dabei auch an eine Aufnahme in den von ihm selbst redigierten Teil gedacht haben, so ist doch dieses Moment hier, wo es sich nicht um seine Verantwortlichkeit als Redakteur handelt, gleichgültig. Urheber des Erscheinens des Artikels in der Zeitung ist er, und er würde nicht deshalb, weil der Abdruck infolge der Anordnung des Metteurs nicht in dem von ihm redigierten Teil der Zeitung sondern einem anderen erfolgt ist, geltend machen können, er habe in die Veröffentlichung nicht eingewilligt.

Urteil des Strafsenats vom 8. Oktober 1908, S 60/08 (nach Greiz).

5. Ueber das Verhältnis des § 153 GO. zu § 240 StGB.

Wenn die Strafkammer die Aeußerung des Angeklagten: „Macht, daß Ihr rauskommt, sonst werdet Ihr alle erschossen", dahin versteht, daß damit die Zeugin L. habe bestimmt werden sollen, „sich unter Niederlegung der Arbeit dem Zusammenschluß der Ausständigen anzuschließen", so handelt es sich hierbei um eine reine Tatsachenwürdigung. Eine Verkennung eines des Tatbestandsmerkmale der § 153 GewO. ist nirgends ersichtlich.

Es bleibt aber die von der Strafkammer nicht erörterte Frage des Verhältnisses dieses Strafgesetzes zu dem § 240 StGB. zu prüfen, weil die Aeußerung des Angeklagten gleichzeitig den Tatbestand des versuchten Vergehens der Nötigung erfüllt. Der § 240 droht Gefängnis bis zu einem Jahre oder Geldstrafe bis zu 600 M. an, der § 153 GewO. dagegen ausschließlich Gefängnisstrafe bis zu drei Monaten. Hätte daher der § 73 StGB. Anwendung zu finden, so hätte die Strafe unter Zugrundelegung der §§ 240 und 44 StGB. als des die schwerste Strafe androhenden Gesetzes ausgeworfen werden müssen.

Digitized by Google

Und das hätte nach der herrschenden, wiewohl nicht unbestrittenen Ansicht (vergl. Olshausen-Zweigert, StGB. § 73 Nr. 35) die weitere Folge, daß trotz des Konkurrierens des § 153 GewO. der die mildere Strafart der Geldstrafe nicht kennt, auf diese hätte erkannt werden können. In diesem Sinne hat das Bayerische Oberste Landesgericht in einem gleichliegenden Falle wirklich entschieden (vergl. die Sammlung der Entscheidungen dieses Gerichtshofs in Strafsachen 7, 54). Der Senat ist jedoch im Gegensatz hierzu der Ansicht, daß die Strafkammer den § 240 StGB. mit Recht unberücksichtigt gelassen hat.

Ueber die Frage, ob zwischen den Vergehen nach § 153 GewO. und § 240 StGB. Idealkonkurrenz möglich ist, herrscht Streit. Das Reichsgericht bejaht sie (vergl. Rechtspr. 10, 619; RGEntsch. 27, 307; 30, 359). Dagegen erklärte sich Frank (StGB. § 240 Bem. VII, 1), zweifelnd Olshausen-Zweigert (StGB. § 240 N. 14e). Stenglein (Strafrechtl. Nebengesetze, Bem. 2 zu § 153 GewO.) erklärt diese Strafbestimmung für subsidiär. Das Verhältnis der Subsidiarität eines Strafgesetzes gegenüber einem anderen schließt aber nach der Theorie die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz zwischen beiden aus, ergibt vielmehr einen Fall der sogenannten Gesetzeskonkurrenz (vergl. Olshausen-Zweigert, StGB. § 73, N. 13; Frank, StGB. § 73 Bem. VII 2b; Meyer-Allfeld, Strafr. S. 351; Binding, Handbuch des Strafrechts 1, 355). Unbestreitbar ist einerseits, daß die Tatbestände der beiden Strafgesetze einander nicht decken, andererseits, daß der Tatbestand des § 153 GewO. insoweit das Mittel des Zwangs und der Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen in Frage steht, gegenüber dem des § 240 StGB., der speziellere ist. Endlich kommt in Betracht, daß die Strafdrohung des § 153 GewO. durch die Klausel ausgezeichnet ist: „sofern nach dem allgemeinen Strafgesetze nicht eine härtere Strafe eintritt". Ob hiernach von dem Verhältnis der Ideal- oder dem der Gesetzeskonkurrenz zwischen den in Frage stehenden Strafrechtsnormen zu sprechen ist, kann für den vorliegenden Fall auf sich beruhen. Keinesfalls vermag sich der Senat der Meinung anzuschließen, daß sich der in dem Schlußsatze des § 153 GewO. ausgedrückte Gedanke mit dem des § 73 StGB. schlechthin decke (so Rechtspr. a. a. O.). Vielmehr schließt sein klarer Wortlaut („sofern ... nicht eine härtere Strafe eintritt") eine Auslegung aus, die die Möglichkeit zuläßt, beim Vorliegen der Voraussetzungen des Paragraphen eine mildere als die von ihm angedrohte Strafart anzuwenden. Wenn irgendwo, so ist hier der Schluß vom Gegenteil geboten. Der Strafrahmen von einem Tag bis drei Monate Gefängnis soll nur

Digitized by Google

dann nicht maßgebend sein, wenn die nach dem allgemeinen Strafgesetze eintretende Strafe härter ist. Dagegen wird für gleichgültig erklärt, ob die Tat nach dem allgemeinen Strafgesetze weniger oder gar nicht strafbar erscheinen würde. Zweifelhaft kann hiernach nur sein, ob durch die Fassung des § 153 GewO. die Anwendung des § 240 StGB., weil nach ihm die betreffende Tat möglicherweise mit einer geringeren Strafe geahndet werden könnte, unter allen Umständen ausgeschlossen, oder ob sie für den Fall zugelassen wird, daß bei ihr auf eine höhere als dreimonatige Gefängnisstrafe zu erkennen sein würde.

Diese Frage braucht nicht entschieden zu werden, weil Revision zum Zwecke der Herbeiführung einer höheren Strafe nicht eingelegt ist.

Urteil des Strafsenats vom 9. November 1908, S 70/08 (nach Rudolstadt).

6. Steht eine Polizeiverordnung, daß Dampfpfeifen und sonstige Schallinstrumente, die weithin vernehmbare Töne verbreiten, zum Signalisieren in gewerblichen Betrieben nicht benutzt werden dürfen, in Widerspruch zu § 360 Ziff. 11 des StGB.? Inwieweit ist die landesgesetzliche Zulässigkeit einer Polizeiverordnung vom Richter zu prüfen?

Die Polizeiverordnung ist gültig. Das Kammergericht hat zwar in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß § 360 Ziff. 11 die Materie des Lärmes erschöpfend regele und für das Polizeiverordnungsrecht kein Raum sei, daß also Bestrafung nur eintreten könne, wenn Lärm ruhestörend und ungebührlicherweise erregt sei. So hat es für ungültig erklärt: eine Polizeiverordnung, die für einen Druckereibetrieb während der Nacht jede gewerbliche Handlung, die die Ruhe der Einwohner störte, verbot (GoltdArch. 48, 307), eine Polizeiverordnung, die den Lärm und Streit in und bei einem Schlachthause untersagte, eine von gleichem Inhalte wie die vorliegende über das Signalisieren mit Dampfpfeifen und dergl. (DJZ. 1903 S. 405), eine solche, die das Teppichklopfen in einer Großstadt während einzelner Tage ganz und während der übrigen Tage zu bestimmten Stunden verbot (DJZ. 1907 S. 133; wenn es die Beschränkung des Teppichklopfens in einem Kur- und Badeorte für gültig erklärt hat, so hat es dabei den Gesichtspunkt der Lärmerregung zurücktreten lassen, DJZ. 1904 S. 460).

Allein die Rechtsprechung des Kammergerichts ist nicht überzeugend.

Das Landesrecht kann nicht eingreifen und eine Polizeiverordnung obigen Inhalts ist nicht gültig, wenn sie dieselbe Materie betrifft.

Digitized by Google

die Gegenstand des § 360 Ziff. 11 StGB. ist (§ 2 des EG. z. StGB.). Die in dem 29. Abschnitt des StGB. aneinandergereihten einzelnen Uebertretungen sind selbstverständlich für sich zusammen keine Materie; sie haben nichts Gemeinsames, keinen inneren Zusammenhang, ordnen also nichts, was ein abgegrenztes Gebiet umfaßte. Dies ist aber für den Begriff der Materie entscheidend (Frank, StGB., EG. § 2 Anm. II). Einzelne Bestimmungen in dem Abschnitt regeln den Gegenstand, auf den sie sich beziehen, allerdings umfassend und erschöpfend. So kann neben § 360 Ziff. 10 nicht bestraft werden, wer einem Landesgesetz zuwider handelt, das Hilfeleistung verlangt, auch wenn eigene Gefahr eintreten kann (BayObLG. GoltdArch. 48, 142). Landesrechtliche Vorschriften über Tierquälerei gelten nicht neben § 360 Ziff. 13 (Frank, daselbst Anm. II, 2). Die meisten unter dem Uebertretungsabschnitte aufgeführten Uebertretungen sind aber nur aus einem größeren zusammenhängenden Gebiete herausgegriffen, sie regeln nur den Tatbestand, den sie direkt bezeichnen, ihr Gegenstand ist nur das, was sie im einzelnen erfassen, darüber hinausgehen sie nicht und sie lassen Raum für das Landesrecht, das Rechtssätze aufstellt, die verwandte oder naheliegende Fragen regeln.

Bei § 360 Ziff. 11 ist zu prüfen, ob er das Hervorbringen von lauten Tönen im Ganzen hat strafrechtlich regeln wollen, oder ob er aus diesem Gebiete des Lebens und Rechtes nur einen besonderen Tatbestand hat herausgreifen und alles andere, was nicht unter ihn fällt, hat unberührt lassen wollen. Letzteres ist der Fall.

Man darf eine gesetzliche Bestimmung nicht für sich allein betrachten, man muß sie in ihrem Zusammenhang mit den sonstigen Bestimmungen des Gesetzes, mit denen sie verbunden ist, und in ihrer geschichtlichen Entwickelung ansehen. Daß bestraft wird, wer ungebührlicherweise ruhestörenden Lärm erregt, steht in § 360 Ziff. 11 nicht zusammenhangslos für sich allein, sondern es ist damit verbunden: oder wer groben Unfug verübt. Diese Verbindung ist nicht willkürlich. Wo man in der Weise wie im 29. Abschnitte einzelne Bestimmungen nebeneinandergereiht und besondere Tatbestände geschaffen hat, würde man auch Lärm und groben Unfug getrennt haben, wenn nicht die Tendenz gewesen wäre, gerade das zu treffen, was bei den Tatbeständen gemeinsam ist, sie nur zu erfassen als verschiedene Mittel ein und derselben umfassenderen, die Rechtsordnung verletzenden Handlungsweise. Beides hat einen inneren Zusammenhang. Schon die Entstehungsgeschichte weist darauf hin, daß man nicht beabsichtigt hat, die Zulässigkeit der lauten Töne im ganzen zu ordnen, sondern daß man aus diesem weiten Gebiete ein engeres herausgegriffen und

Digitized by Google

umgrenzt hat. Die Bestimmung geht zurück auf das Allgemeine Landrecht II, 20 § 183. Dort wurden bestraft „mutwillige Buben, die auf den Straßen oder sonst Unruhe erregen oder grobe Unsittlichkeiten verüben". Die mutwilligen Buben waren die Täter, die getroffen werden sollten, ihre Mutwilligkeit war der eigentliche Gegenstand der Strafdrohung. Er wurde an die Spitze der Strafdrohung gestellt und war das Entscheidende in dem Tatbestand, gab den Anlaß zur Strafbestimmung. In zweiter Linie standen die Unruhe oder die Unsittlichkeit als Mittel, den Mutwillen zum Ausdruck zu bringen. In der Bestimmung des Reichsstrafgesetzbuchs ist diese Bedeutung nicht geschwunden. Die Schallerregungen sollen nicht im Allgemeinen strafrechtlich geregelt werden, sondern nur mit der Ungebühr, die Lärm und dadurch Ruhestörung schafft, befaßt sich das Gesetz. Ungebühr bedeutet eine gröbliche Störung der gewöhnlichen äußeren Ordnung des Verkehrs, die Zusammenstellung mit grobem Unfug rückt diese Bedeutung besonders ins Licht. Auch der Ausdruck „Lärm" bezeichnet mehr als laute Schallwellen. Es muß zu dem Schall etwas Mutwilliges, Ungeordnetes, die Absicht, ihn um seiner selbst willen zu erregen, hinzukommen, mindestens wird er nur soweit getroffen, als er von dem alltäglichen üblichen Verkehre abweicht. Das Wort „Lärm" bedeutet in dem hier gebrauchten Sinne (im Gegensatz zu seinem Ursprung: Kampfruf: Al Arm) „wildes" Geschrei oder Geräusch (Grimms Wörterbuch).

Das Strafgesetzbuch wollte in dem ersten Teile von § 360 Ziff. 11 also strafrechtlich nur ordnen die Töne, die außerhalb des hergebrachten und üblichen Verkehrs stattfanden, die durch eine besondere mutwillige, verkehrswidrige Handlung erzeugt wurden, aber es wollte nun nicht etwa den gewöhnlichen Verkehr mit seinen mannigfaltigen Geräuschen und Tönen frei von jeder Aufsicht und Regelung lassen, ihn von allen Fesseln der Gesetzgebung und Verordnung entbinden. Hier einzugreifen, blieb vielmehr der Polizei überlassen, die die Oeffentlichkeit je nach den wechselnden Bedürfnissen von Ort und Zeit schützen kann und soll. Daß § 360 Ziff. 11 das Gebiet der Ruhestörung nicht abschließend ordnet, ergeben auch zwei andere Bestimmungen des 29. Titels. § 366 Ziff. 1 setzt voraus, daß gegen die Störung der Feier der Sonn- und Feiertage besondere Anordnungen erlassen werden können. Darnach sind zulässig Verbote von Geräuschen, die die Stille des Feiertags stören, auch wenn sie nicht ungebührlich sind und die Allgemeinheit belästigen. Ebenso läßt § 366 Ziff. 10 Raum für Polizeiverordnungen, die außer der Sicherheit usw. auch die Ruhe auf öffentlichen Wegen erhalten. Also auch hier zeigt sich, daß § 360

Digitized by Google

Ziff. 11 nur einen Teil der Störung der Ruhe herausgreift und im übrigen der Gesetzgebung freie Bahn läßt.

Ebenso beschäftigt sich die Vorschrift der Gewerbeordnung § 27 mit dem ungewöhnlichen Geräusch, das der Betrieb von Anlagen hervorbringt. Auch hier kann Geräusch, das nicht ungebührlich ist, durch die Polizei verhindert werden.

Nach § 16 daselbst unterstehen besonderen Bestimmungen Anlagen, die für die Bewohner der benachbarten Grundstücke oder für das Publikum überhaupt erhebliche Belästigungen herbeiführen können. Zu diesen gehören auch Nachteile durch Störung der Ruhe.

§ 23 Abs. 3 läßt landesrechtliche Vorschriften zu, nach denen in Ortsteilen gewisse Anlagen oder gewisse Arten von Anlagen gar nicht oder nur unter besonderen Bedingungen errichtet werden dürfen.

Für den Betrieb von Dampfkesseln können nach § 24 besondere Bestimmungen, also auch über die Pfeifen gegeben werden.

Zuwiderhandlungen gegen die §§ 16 und 24 werden nach § 147 Ziff. 2 bestraft. Diese Bestimmungen beweisen ebenfalls, daß § 360 Ziff. 11 die Erregung von Geräuschen nicht erschöpfend geregelt hat.

Wie aber die Polizeiverordnung nicht zu § 360 Ziff. 11 in Widerspruch steht, so erheben sich gegen ihre Gültigkeit auch aus dem Weimarischen Gesetz vom 7. Januar 1854, auf dem sie fußt, keine Bedenken. Die Prüfung des Gerichts hat sich, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, auf die sachliche Zuständigkeit der Polizeibehörde zum Erlasse des Verbots, auf die Beobachtung der vorgeschriebenen Formen, namentlich der Verkündigung, darauf, daß die Verordnung nicht im Widerspruche zu Reichs- und Landesgesetzen steht, zu erstrecken. Weiter darf sie aber nicht gehen, die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit ist weder nach den konkreten noch nach den abstrakten Verhältnissen nachzuprüfen (§ 2 des Gesetzes vom 7. Januar 1854). Ob dringende Gründe des öffentlichen Wohles oder die Abwendung von Gefahren für die Gesundheit und das Vermögen es erheischten, daß die Verordnung erlassen wurde, hatten nur die Verwaltungsbehörden zu entscheiden. Nur sie sind dafür, was im Interesse des öffentlichen Wohles und der Gesundheit notwendig ist, zuständig. Jede Nachprüfung durch die Gerichte würde sich auf das Gebiet der Zweckmäßigkeit begeben müssen, auch wenn man sie möglichst beschränken wollte. — ThürBl. 48, 249 ff.

Urteil des Strafsenats vom 22. Oktober 1908, S 63/08 (nach Gera).

7. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Anbringung der Revisionsanträge. Wird das Gesuch um Wieder-

Digitized by Google

einsetzung dadurch ausgeschlossen, daß bereits ein Beschluß nach § 386 Abs. 1 StPO. vorliegt, der die Revision als unzulässig verwirft? Wird das Revisionsgericht durch einen Beschluß der Vorinstanz gebunden, der die Wiedereinsetzung gewährt? Kann das Wiedereinsetzungsgesuch darauf gestützt werden, daß die rechtzeitig angebrachte Revisionsbegründung infolge eines Expeditionsversehens ununterschrieben das Bureau des Verteidigers verlassen habe?

Die Revision war rechtzeitig und in gesetzlicher Form eingelegt worden. Auch eine Revisionsbegründung war rechtzeitig (am 12. August 1908, 6 Tage nach der am 6. desselben Monats erfolgten Zustellung des Urteils), eingegangen, jedoch hatte der Verteidiger, der sie anbrachte, versäumt, seine Unterschrift beizufügen. Infolgedessen erließ die Strafkammer am 20. August 1908 einen Beschluß, der auf Grund des § 386 Abs. 1 StPO. die Verwerfung des Rechtsmittels aussprach. Der Beschluß wurde dem Verteidiger am 3. September 1908 zugestellt. Am 5. desselben Monats ging bei der Strafkammer eine vom Verteidiger unterschriebene Revisionsbegründung und gleichzeitig ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ein. Es war darauf gerichtet, „die Strafsache gegen den Schiefertafelfabrikanten H. in den vorigen Stand wiedereinzusetzen". Darauf faßte die Strafkammer am 28. September 1908 Beschluß dahin: „In der Strafsache .... wird dem Angeklagten gegen die Versäumung der in § 385 StPO. vorgeschriebenen Frist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt. Die Formalien der Revision gehen damit in Ordnung und es ist nach § 387 StPO. zu verfahren." Dementsprechend gelangten die Akten an das Oberlandesgericht.

Dieses verwarf die Revision als unzulässig mit folgender Begründung:

Unzweifelhaft ist der Beschluß der Strafkammer vom 28. September 1908 prozeßordnungswidrig (§ 46 Abs. 1 StPO., vergl. auch RGSt. 40, 272). Es fragt sich aber zunächst, wie die prozessuale Lage, die durch die mitgeteilten Vorgänge herbeigeführt ist, zu beurteilen ist.

Sicher ist das am 5. September 1908 eingegangene Gesuch zunächst auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist zur Revisionsbegründung gerichtet, wie es die Strafkammer auch aufgefaßt hat. Die am 12. August 1908 eingegangene Revisionsbegründung hatte wegen ihrer Formwidrigkeit diese Frist nicht wahren können, eine Wiedereinsetzung in dem Sinne, daß jene Revisionsbegründung

Digitized by Google

nachträglich als formgültig anerkannt werde, ist dem Strafprozeßrecht unbekannt. Es konnte sich nur darum handeln, für die neue am 5. September eingegangene Revisionsbegründung den Mangel der Verspätung zu heilen. Allein die Absicht des Gesuchs ging, wie seine Fassung erkennen läßt, gleichwohl weiter. Es sollte nicht bei der am 20. August ausgesprochenen Verwerfung der Revision das Bewenden haben und etwa eine neue Revision eingelegt werden. Sondern es sollte die alte Revision weiter verfolgt und der ihre Verwerfung aussprechende Beschluß zu diesem Zwecke beseitigt werden.

Der von der StPO. hierfür eröffnete Weg ist der Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 386 Abs. 2). Man wird das Gesuch des Angeklagten dahin auszulegen haben, daß auch dieser Weg mit ihm beschritten sein soll. Die Auslegung ist um so unbedenklicher, als ja mit dem Wiedereinsetzungsgesuch ohnehin die Entscheidung des Revisionsgerichts beantragt ist, wie der schon angeführte § 46 Abs. 1 StPO. ergibt. Daß das Gesuch an die Strafkammer adressiert ist, hat nichts auf sich. Ebenso wie der Antrag auf Wiedereinsetzung bei der Strafkammer angebracht werden mußte (§ 45 StPO.), konnte der Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts gegen die Verwerfung der Revision, da das Gesetz etwas anderes nicht bestimmt, bei der Strafkammer angebracht werden (vergl. Löwe-Hellweg, Note 4 zu § 386 und Note 4 zu § 360 StPO.). Die Frist des § 386 Ziffer 2 ist ebenso gewahrt, wie die des § 45 StPO. Das am 5. September 1908 eingereichte Gesuch bedeutet also sowohl einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, als auch einen Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts nach § 386 Abs. 2 StPO. Es hemmte den Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses vom 20. August 1908. Dieser Beschluß steht also weder formell noch materiell einer anderweitigen Entscheidung über die Revision entgegen.

Daß ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Revisionsbegründungsfrist auch dann noch zulässig ist, wenn bereits ein die Revision wegen Mangelhaftigkeit der Revisionsbegründung als unzulässig verwerfender Beschluß vorliegt, ist jedenfalls dann unbedenklich anzunehmen, wenn dieser Beschluß die Rechtskraft nicht beschritten hat. Eine entgegenstehende Gesetzesvorschrift besteht nicht. Die Einreichung einer mangelhaften Revisionsbegründung bringt die Revision nicht zu Fall, sie steht der Anbringung einer mangelfreien Begründung nicht im Wege. Fraglich kann allenfalls erscheinen, ob die Beendung der Instanz durch eine Unzulässigkeitsentscheidung eine Präklusion in dieser Hinsicht zur Folge hat, oder ob auch dann noch eine Revisionsbegründung wirksam angebracht

Digitized by Google

werden kann, sei es in Verbindung mit einer erneuten Revisionseinlegung, die den ganzen Instanzenzug aufs neue eröffnet, sei es ohne solche mit der Wirkung, daß unter Aufhebung des ersten Revisionsurteils wegen der nachträglich eingetretenen Heilung des kranken Instanzenzugs das Rechtsmittel als zulässig erklärt wird (vergl. in betreff der zivilprozessualen Rechtsmittel Gaupp-Stein, ZPO., Bem. 3 Abs. 2 zu § 535). Die bloß provisorische Entscheidung des § 386 Abs. 1 StPO. kann eine Präklusion keinesfalls herbeiführen. Dann kann aber auch der Nachbringung einer formgerechten Revisionsbegründung in Verbindung mit einem Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nichts im Wege stehen. Das Revisionsgericht kann auf Grund der nachgebrachten Revisionsbegründeung und eventuell unter Gewährung einer Wiedereinsetzung die Revision für zulässig erklären, obgleich die Strafkammer sie von ihrem Standpunkt aus mit Recht für unzulässig erklärt hatte, die Berücksichtigung neuer Umstände ist in dem durch einen Antrag nach § 386 Abs. 2 eröffneten Prozeßstadium so wenig ausgeschlossen wie in der Berufungs- und in der Beschwerdeinstanz.

Der Beschluß vom 20. August 1908 steht also auch der nachgesuchten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht entgegen.

Nun hat die Strafkammer dem § 46 Abs. 1 zuwider über die Wiedereinsetzung befunden und sie gewährt. Die Frage ist, ob ihr Beschluß das Revisionsgericht bindet. Das Reichsgericht hat diese Frage in der schon angezogenen Entscheidung (RGSt. 40, 272) trotz Anerkennung der Prozeßwidrigkeit eines solchen Beschlusses in einem gleichen Falle deshalb bejaht, weil nach § 46 Abs. 2 StPO. die dem Wiedereinsetzungsgesuch stattgebende Entscheidung keiner Anfechtung unterliegt und weil die Unzuständigkeit des entscheidenden Gerichts keine Nichtigkeit der Entscheidung begründe, nicht einmal bei einem Urteil, geschweige denn bei einem in einem Zwischenverfahren ergangenen Beschlusse. Der Senat kann sich von der Richtigkeit dieser Entscheidung nicht überzeugen. Die Sätze, mit denen sie begründet ist, sind an und für sich zutreffend, erschöpfen aber die Frage nicht, insofern als die Eigenart des Wiedereinsetzungsbeschlusses in Verbindung mit der besonderen Natur des Verfahrens nach § 386 StPO. ebenfalls berücksichtigt werden muß. Das Reichsgericht sagt a. a. O. selbst, daß es Fälle gebe, in denen es als nach den Vorschriften und dem Geiste der Strafprozeßordnung möglich anzuerkennen sei, eine strafprozessuale Entscheidung als absolut und unheilbar nichtig dergestalt anzusehen, daß die Nichtigkeit auch ohne Rücksicht auf die Einlegung von Rechtsmitteln Beachtung finden und die Entscheidung jeder

Digitized by Google

Wirksamkeit entkleiden müsse. Ein solcher Fall liegt hier gerade vor, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil erstens ein die Wiedereinsetzung gewährender Beschluß weiter nichts besagt, als daß ein Akt im gegebenen Falle rechtzeitig vorgenommen ist, obwohl er nach der Regel als verspätet gelten müßte, und weil zweitens der Ausspruch der Strafkammer, daß die Revision rechtzeitig eingelegt sei, wie § 389 StPO. ohne weiteres ergibt, für das Revisionsgericht ohne alle Verbindlichkeit ist. Die Kraft des Ausspruchs, daß etwas gegen die Regel rechtzeitig sei, kann logischerweise nicht weiter reichen, als die Kraft des Ausspruchs, daß es nach der Regel rechtzeitig sei. Nimmt man den einfachen, durch ein Wiedereinsetzungsgesuch nicht komplizierten Fall, so steht der Strafkammer zu, auf Grund des § 386 Abs. 1 zu erklären: Die Revision ist nicht rechtzeitig. Aber selbst dieser Ausspruch ist für das Revisionsgericht unverbindlich, wenn der Beschwerdeführer seine Nachprüfung nach § 386 Abs. 2 StPO. verlangt. Unbenommen ist auch der Strafkammer, zu sagen: Die Revision ist rechtzeitig. Im vorliegenden Falle hat sie sogar, weitergehend, die Formalien der Revision überhaupt für „in Ordnung gehend" erklärt. Niemand kann bezweifeln, daß trotzdem das Revisionsgericht die Formalien des Rechtsmittels nach § 389 StPO. im vollen Umfange zu prüfen hat. Weder im ganzen noch bezüglich eines einzelnen Elementes der Ordnungsmäßigkeit des Rechtsmittels kann ihm der Ausspruch der Strafkammer vorgreifen. Wie sollte dies anders sein, wenn der Ausspruch der Strafkammer statt einfach: „Das Rechtsmittel ist verspätet" lautet: Das Rechtsmittel ist verspätet, weil Wiedereinsetzung nicht gewährt werden kann? Oder umgekehrt statt: „Das Rechtsmittel ist rechtzeitig", „das Rechtsmittel ist rechtzeitig, weil Wiedereinsetzung zu gewähren ist"? So wenig im ersten Falle der Beschwerdeführer gehindert ist, nach § 386 Abs. 2 StPO. die Entscheidung des Revisionsgerichts herbeizuführen, das insbesondere auch die Voraussetzungen des Wiedereinsetzungsantrags völlig selbständig zu prüfen hat, so wenig kann im zweiten Falle das Revisionsgericht seine Zuständigkeit verlieren, die Formalien des Rechtsmittels in vollem Umfange zu prüfen. Das Gegenteil, das völlig prinzipwidrig genannt werden müßte, ergibt sich aus § 46 Abs. 2 StPO. nicht.

Sonach ist der Beschluß der Strafkammer vom 28. September 1908 bedeutungslos.

Der Senat kann es nun aber nicht als dargetan ansehen, daß der Zufall, der vorliegend die Nichteinhaltung der Frist des § 385 StPO. verursacht hat, ein unabwendbarer im Sinne des § 44 StPO. ist. Er besteht darin, daß nicht bemerkt worden ist, daß die Revisions-

Digitized by Google

begründung vom 10. August das Bureau des Verteidigers des Angeklagten ohne Unterschrift verlassen hatte, und daß man infolgedessen irrtümlich glaubte, es sei alles zur Wahrung der Frist Erforderliche geschehen. Das Wiedereinsetzungsgesuch enthält keine Angabe darüber, was von dem Verteidiger vorgekehrt ist, um derartigen Vorkommnissen vorzubeugen. Die Einrichtung, daß die von den vereinigten Anwälten Geh. Justizrat H. und Dr. H. ausgehenden Schriftstücke ohne Rücksicht darauf, wer die Sache bearbeitet hat, von dem ersteren und von ihm allein unterzeichnet werden, und die weitere Einrichtung, daß die Reinschriften nicht zur Unterschrift vorgelegt werden, bevor ihnen von dem Bureauvorsteher der Stempelabdruck „Die Rechtsanwälte Geh. Justizrat H. und Dr. H. durch:" beigefügt ist, sind keine Vorbeugungsmittel, sondern im Gegenteil geeignet, das unbemerkte Unterbleiben der Unterschrift zu begünstigen. Auch der Umstand, daß in der kritischen Zeit der langjährige Bureauvorsteher beurlaubt und von einem jüngeren Angestellten vertreten war, hätte vielmehr die Prüfung der Frage nahelegen müssen, ob es angezeigt sei, es bei Einrichtungen zu belassen, bei denen die Beobachtung gewisser notwendiger Förmlichkeiten sich jeder Kontrolle des Anwalts entzieht und von der Aufmerksamkeit eines einzigen Mannes abhängt.

Daß Versehen des Verteidigers für den Angeklagten keinen unabwendbaren Zufall darstellen, der ein Wiedereinsetzungsgesuch rechtfertigt, ist in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt; vergl. Löwe-Hellweg, Note 4c zu § 44 StPO. In dem RG. 35, 109 abgedruckten Falle handelte es sich darum, daß der mit der Austragung der Schriftstücke betraute Bureaugehilfe einen zur Wahrung einer Frist erforderlichen, ihm vom Bureauvorsteher zu sofortiger Ueberbringung übergebenen Schriftsatz nicht befördert und gleichwohl dem Bureauvorsteher auf dessen Befragen die Abgabe an der richtigem Stelle als geschehen gemeldet hatte. Daß darin ein durch alle vernünftigerweise zu fordernde Vorsicht des Anwalts nicht abzuwendender Zufall erblickt werden kann, ist unbedenklich. Ganz anders liegt es hier, wo die Unterzeichnung eines Schriftsatzes, eine eigenste Angelegenheit des Anwalts selbst, unterblieben ist und keinerlei Maßnahme angeführt werden kann, die einigermaßen Gewähr dafür bietet, daß dergleichen nicht öfter vorkommt.

Sonach ist das Wiedereinsetzungsgesuch zu verwerfen. Der Beschluß der Strafkammer vom 20. August 1908 wäre daher zu bestätigen, wenn ihn nicht die Strafkammer selbst durch ihre Entscheidung vom 28. September 1908 zurückgenommen hätte. Da das

Digitized by Google

letztere geschehen ist, so ist ohne Rücksicht auf ersteren Beschluß die Verwerfung der Revision auszusprechen.

Beschluß des Strafsenats vom 12. Oktober 1908, S 62/08 (nach Rudolstadt).

Veränderungen im Bestande

der im Bezirk des Oberlandesgerichts Jena angestellten Richter, Staatsanwälte, Gerichtsvollzieher, Rechtsanwälte seit der in Bd. 54 S. 218 veröffentlichten Dienstlaufbahn usw.

Zusammengestellt von Gerichtssekretär Helmrich.

Jena (Oberlandesgericht): Schmid-Burgk, Oberlandesgerichtsrat, erhielt den Titel: „Geh. Justizrat". — Hecker, Oberlandesgerichtsrat seit 1. Mai 1908, bisher Amtsrichter in Rudolstadt. — Dr. Deinhardt, Oberlandesgerichtsrat seit 1. September 1908, bisher Landgerichtsrat in Weimar. — Höfling, Oberlandesgerichtsrat seit 1. Oktober 1908, bisher Landrichter in Meiningen. — Dr. Buchmann, Oberlandesgerichtsrat seit 1. Oktober 1908, bisher Landrichter in Altenburg. — (Voigt, Oberlandesgerichtsrat, in den Ruhestand getreten 1. Juli 1908. — Haueisen, Oberlandesgerichtsrat, gestorben 18. Juli 1908. — Coch, Oberlandesgerichtsrat, in den Ruhestand getreten 1. Oktober 1908. — Dr. Schreck, Oberlandesgerichtsrat, zum Landgerichtsdirektor in Altenburg ernannt, 1. Oktober 1908).

Altenburg (Landgericht): Dr. Frommelt, Landgerichtspräsident seit 1. Oktober 1908, bisher Landgerichtsdirektor, an Stelle des in Ruhestand getretenen Geh. Oberjustizrat Pierer. — Schreck, Landgerichtsdirektor seit 1. Oktober 1908, bisher Oberlandesgerichtsrat in Jena, an Stelle von Frommelt. — Dr. Geisenheyner, Landrichter seit 1. Oktober 1908, bisher Amtsrichter in Meuselwitz, an Stelle des zum Oberlandesgerichtsrat ernannten Landrichters Dr. Buchmann.

Altenburg (Staatsanwaltschaft): Koehler, Staatsanwalt seit 1. Januar 1908, bisher Gerichtsassessor.

Altenburg (Amtsgericht): Müller, Amtsrichter, erhielt den Titel: „Amtsgerichtsrat" 31. August 1908.

Meuselwitz (Amtsgericht): Stahl, Amtsrichter seit 1. Oktober 1908, bisher Gerichtsassessor, an Stelle des zum Landrichter in Altenburg ernannten Amtsrichters Dr. Geisenheyner.

Roda (Amtsgericht): v. Wüstemann, Amtsrichter, erhielt den Titel: „Amtsgerichtsrat" 16. September 1907.

Schmölln (Amtsgericht): Mahn, Amtsrichter, erhielt den Titel: „Amtsgerichtsrat" 1. Oktober 1907. — Loßius, Amtsrichter seit 1. Oktober 1907, bisher Gerichtsassessor.

Digitized by Google

Eisenach (Landgericht): Friderici, Landrichter, erhielt den Titel: „Landgerichtsrat". — (Dr. Münzel, Landrichter seit 1. April 1907, sodann zum Finanzrat in Weimar ernannt, 1. Juli 1908.)

Eisenach (Staatsanwaltschaft): Naumburg, Erster Staatsanwalt seit 1. September 1908, bisher Reg.Rat. in Weimar, an Stelle des am 1. Juli 1908 zum Landgerichtsdirektor in Weimar ernannten Ersten Staatsanwalt Blüher.

Eisenach (Amtsgericht): Dr. Zeunert, Amtsrichter seit 1. Januar 1908, bisher Gerichtsassessor, an Stelle des Amtsrichters Dr. Münzel.

Geisa (Amtsgericht): Gebhardt, Gerichtsvollzieher k. A. an Stelle von Gerlich.

Gerstungen (Amtsgericht): Dr. Vermehren, Oberamtsrichter seit 1. Januar 1908, bisher Bezirksdirektor in Dermbach, an Stelle von Oberamtsrichter Metzner. — Weidenbach, Gerichtsvollzieher, an Stelle von Braun.

Ilmenau (Amtsgericht): Hanßen, Amtsrichter, erhielt den Titel: „Amtsgerichtsrat" 25. Dezember 1907. — Weißenborn, Amtsrichter seit 1. Januar 1908, bisher in Apolda.

Kaltennordheim (Amtsgericht): Hartmann, Oberamtsrichter seit 1. Februar 1909, bisher Staatsanwalt in Gera, an Stelle des zum Landgerichtsrat in Weimar ernannten Oberamtsrichter Kromayer.

Ostheim (Amtsgericht): Steinberger, Oberamtsrichter, erhielt den Titel: „Justizrat".

Gera (Landgericht): v. Gohren, Landrichter seit 1. Dezember 1907, bisher in Weimar. — Voigt, Landrichter, erhielt den Titel: „Landgerichtsrat" 10. Juni 1908.

Gera (Staatsanwaltschaft): Hartmann, Staatsanwalt seit 1. Dezember 1907, bisher Amtsrichter in Buttstädt, an Stelle von Doebner. — Dr. Rocktäschel, Staatsanwalt seit 1. Februar 1909, bisher Gerichtsassessor, an Stelle des oben genannten Staatsanwalt Hartmann, welcher am 1. Februar zum Oberamtsrichter in Kaltennordheim ernannt worden ist.

Gera (Amtsgericht): Bogenhard, Amtsrichter seit 1. Januar 1908, bisher Gerichtsassessor, an Stelle von Schlick.

Hohenleuben (Amtsgericht): Schlick, Amtsrichter seit 1. Oktober 1907, bisher in Gera, an Stelle des zum Landrichter ernannten Amtsrichter Dr. Gleißner.

Neustadt a./O. (Amtsgericht): Dr. Schauer, Amtsrichter seit 1. Januar 1908, bisher Gerichtsassessor, an Stelle des zum Amtsrichter in Buttstädt ernannten Amtsrichter Dr. Fleischer.

Weida (Amtsgericht): v. Bardeleben, Amtsrichter seit 1. November, bisher Gerichtsassessor, an Stelle des zum Landrichter in Weimar ernannten Amtsrichter Sichardt. — Schmidt, Gerichtsvollzieher, an Stelle von Albert.

Gotha (Landgericht): Hodermann, Landrichter und F. Muther, Landrichter, erhielten den Titel: „Landgerichtsrat" 19. Juli 1908. — (Rasch, Geh. Justizrat, † 25. Januar 1909.)

Digitized by Google

Gotha (Amtsgericht): Polack, Amtsrichter, erhielt den Titel: „Geh. Justizrat" 19. Juli 1908.
Waltershausen (Amtsgericht): Thomas, Amtsrichter, erhielt den Titel: „Amtsgerichtsrat" 19. Juli 1908.
Ohrdruf (Amtsgericht): Kiesewetter, Amtsrichter, erhielt den Titel: „Amtsgerichtsrat" 19. Juli 1908.

Greiz (Amtsgericht): Arnold, Amtsgerichtsrat, erhielt den Titel: „Oberjustizrat" 10. November 1908. — Rädler, Gerichtsvollzieher, an Stelle von Dietzel.

Meiningen (Landgericht): Grosch, Landgerichtsdirektor seit 1. Februar 1909, bisher Landgerichtsrat, an Stelle des zur Disposition gestellten Landgerichtsdirektor Dr. Bock. — Becker, Landrichter seit 1. Oktober 1908, bisher Amtsrichter in Saalfeld, an Stelle des zum Oberlandesgerichtsrat in Jena ernannten Landrichters Höfling.
Salzungen (Amtsgericht): Kallenbach, Amtsgerichtsrat seit 1. März 1909, an Stelle des verstorbenen Amtsgerichtsrat Sillich.
Schalkau (Amtsgericht): Dr. Brodführer in Sonneberg, Amtsanwalt seit 1. März 1909, bisher Gerichtsassessor, an Stelle von Höhn.
Sonneberg (Amtsgericht): Dr. Brodführer, Amtsanwalt seit 1. März 1909, an Stelle von Höhn.
Steinach (Amtsgericht): Dr. Brodführer in Sonneberg, Amtsanwalt seit 1. März 1909, an Stelle von Höhn.
Wasungen (Amtsgericht): Höhn, Amtsrichter in Wasungen seit 1. März 1909, bisher Amtsanwalt in Sonneberg, an Stelle des nach Gräfenthal versetzten Amtsgerichtsrat Schlothauer. — Ritter, Gerichtsvollzieher, an Stelle von Schmidt.
Coburg (Amtsgericht): Dr. H. Stoll, Amtsrichter seit 1. April 1908, bisher Staatsanwalt in Gotha.
Brotterode (Amtsgericht): Klein, Gerichtsvollzieher an Stelle von Stückrath.
Schmalkalden (Amtsgericht): Nahgel, Amtsgerichtsrat seit 1. Januar 1909, bisher in Schivelbein, an Stelle des verstorbenen Amtsgerichtsrat Bürner.

Rudolstadt (Landgericht): Lommer, Landrichter, erhielt den Titel: „Landgerichtsrat" 2. April 1908.
Rudolstadt (Amtsgericht): Ortloff, Amtsrichter seit 1. Juli 1908, bisher in Frankenhausen.
Frankenhausen (Amtsgericht): Fritze, Amtsrichter seit 1. Juli 1908, bisher in Oberweißbach, an Stelle des nach Rudolstadt versetzten Amtsrichter Ortloff.
Oberweißbach (Amtsgericht): Metzner, Amtsrichter seit 1. Juli 1908, bisher Gerichtsassessor, an Stelle des nach Frankenhausen versetzten Amtsrichter Fritze. — Kunold, Gerichtsvollzieher an Stelle von Trautner.

Digitized by Google

Stadtilm (Amtsgericht): Horstmann, Gerichtsvollzieher an Stelle von Kunold.

Gräfenthal (Amtsgericht): Schlothauer, Amtsgerichtsrat seit 1. März 1909, bisher Amtsgerichtsrat in Wasungen, an Stelle des nach Salzungen versetzten Amtsgerichtsrat Kallenbach.

Pößneck (Amtsgericht): Schmidt, Gerichtsvollzieher an Stelle von Reichert.

Saalfeld (Amtsgericht): Schubert, Amtsrichter, erhielt den Titel: „Amtsgerichtsrat" 2. April 1908. — Scheller, Amtsrichter seit 1. Oktober 1908, bisher Gerichtsassessor, an Stelle des zum Landrichter in Meiningen ernannten Amtsrichter Becker.

Ranis (Amtsgericht): Schneider, Gerichtsvollzieher an Stelle von Besecke.

Weimar (Landgericht): Blüher, Landgerichtsdirektor seit 1. Juli 1908, bisher Erster Staatsanwalt in Eisenach. — Dr. Deinhardt und Dr. Hotzel, Landrichter, erhielten den Titel: „Landgerichtsrat" 25. Dezember 1907. — Kromayer, Landgerichtsrat seit 1. Oktober 1908, bisher Amtsgerichtsrat in Kaltennordheim, an Stelle des zum Oberlandesgerichtsrat in Jena ernannten Landgerichtsrat Dr. Deinhardt. — F. Schambach, Landrichter seit 1. Januar 1908, bisher Amtsrichter in Apolda, an Stelle des nach Gera versetzten Landrichter v. Gohren. — Dr. Sichardt, Landrichter seit 1. Oktober 1908, bisher Amtsrichter in Weida, an Stelle des zum Regierungsrat in Weimar ernannten Landrichter Dr. Wuttig. — (v. Groß, Landrichter, zum Bezirkskommissar in Weimar ernannt seit 1. Januar 1909.)

Weimar (Amtsgericht): Rüdel, Amtsrichter seit 1. Januar 1908, bisher in Allstedt. — Hucke, Gerichtsvollzieher an Stelle von Bechstedt.

Allstedt (Amtsgericht): Henßge, Amtsrichter seit 1. Januar 1908, bisher Gerichtsassessor, an Stelle von Rüdel.

Apolda (Amtsgericht): Dr. Volk, Amtsrichter seit 1. Januar 1908, bisher Gerichtsassessor, an Stelle des nach Ilmenau versetzten Amtsrichter Weißenborn. — Dr. Woltersdorf, Amtsrichter seit 1. Januar 1908, bisher Gerichtsassessor, an Stelle von Amtsrichter F. Schambach. — Braun, Gerichtsvollzieher, bisher in Gerstungen, an Stelle von Hellmund.

Blankenhain (Amtsgericht): Gerlich, Gerichtsvollzieher, an Stelle von Schmidt.

Buttstädt (Amtsgericht): Dr. Fleischer, Oberamtsrichter seit 1. Januar 1908, bisher Amtsrichter in Neustadt (Orla), an Stelle von Bertram. — Dr. Erber, Amtsrichter seit 1. Dezember, bisher Gerichtsassessor, an Stelle des zum Staatsanwalt in Gera ernannten Amtsrichter Hartmann.

Jena (Amtsgericht): Bertram, Amtsgerichtsrat in Jena 1. Januar 1908, bisher Oberamtsrichter in Buttstädt.

Bieselbach (Amtsgericht): Felsch, Gerichtsvollzieher, an Stelle von Hucke.

Digitized by Google

Veränderungen im Personalbestande der Rechtsanwälte.

Ernennungen: Dr. Jacobs in Jena, Dr. Appelius in Eisenach, Dr. Flintzer und Sommer in Weimar, Sommer in Rudolstadt, Barthel und Haller in Gera, Dr. Brösel in Greiz, Kohlstock in Gotha, Ruprecht in Coburg, erhielten den Titel: „Justizrat". — Justizrat Quarck in Coburg erhielt den Titel: „Geh. Justizrat".

Löschungen: Alberti beim Oberlandesgericht in Jena, Dr. Neumann, Dr. Lützler † Mai 1907, Dr. Voigt in Weimar, Müller in Großrudestadt beim Landgericht Weimar, Reuter in Schmölln, Schulze in Ronneburg, Rosenberg in Eisenberg, Linzen und Büttner in Gera, Wolf in Schleiz † Mai 1907, Dr. R. Müller in Gotha, Engel in Schmalkalden, Justizrat Doebner in Sonneberg † Dezember 1908.

Zulassungen: Dr. Fröber und Tunze beim Oberlandesgericht Jena; Linzen und Schaefer beim Landgericht in Weimar; Sedlaceck in Apolda; Böttger in Buttstädt; Dr. Heß in Meiningen, sowie Dr. Dittmar und Doebner in Sonneberg beim Landgericht Meiningen; Reuter und Dr. Wunderlich beim Landgericht Altenburg; Schulze in Eisenberg; Dr. Patuschka in Schmölln; Dr. Blüth in Eisenach, Dr. Stockmar in Bacha und Dr. Zersch in Ilmenau beim Landgericht Eisenach; Ackermann in Gera, Metz in Gera-Untermhaus und Ritter in Schleiz beim Landgericht Gera; Dr. Neumeister in Lobenstein; Dr. Schack, Essiger, Rasch, Dr. Wachtel beim Landgericht Gotha; Dr. Trump in Waltershausen; Seyfart beim Landgericht Greiz; Engel in Schmalkalden; Eckardt in Salzungen.

Verzeichnis

der im Jahre 1908 bei dem Oberlandesgericht geprüften Gerichtsassessoren und Referendare.

(Vergl. Bd. 55 S. 74.)

Zusammengestellt von Gerichtssekretär Helmrich.

1. Großherzogtum S.-Weimar.

a) Gerichtsassessoren: Gerh. Schmid-Burgk aus Weimar, 13. März. — Dr. Jul. Blüth aus Eisenach, 13. März (jetzt Rechtsanwalt in Eisenach). — Dr. Osk. Trebing aus Berka a. W., 3. Juli. — Dr. Wilm. Seidler aus Allstedt, 30. Oktober. — Graf Erh. v. Wedel aus Weimar, 30. Oktober. — Hans Erbslöh aus Eisenach, 27. November. — Alfr. Vater aus Buttelstedt, 27. November. — Dr. Herm. Rodigast aus Wenigenjena, 23. Dezember. — Hugo Schmidt aus Hardisleben, 23. Dezember. (1 gut, 8 ausreichend bestanden.)

Digitized by Google

b) Referendare: Rich. Müller aus Jena, 1. Februar. — P. v. Hampeln aus Jena, 22. Februar. — Max Hanemann aus Scherbda, 29. Februar. Karl Chemnitius aus Jena, 11. Juli. — Karl Blomeyer aus Jena, 18. Juli. — Friedrich Stier aus Buttstädt, 18. Juli. — Roderich Stinzing aus Jena, 10. Oktober. — Hans Mutheſius aus Weimar, 10. Oktober. — Ludwig Scheiding aus Bucha, 14. November. — Walter Hüttich aus Weimar, 21. November. — Ottom. Schröter aus Großbrembach, 19. Dezember. (6 gut, 5 ausreichend, 3 nicht bestanden.)

2. Herzogtum S.-Meiningen.

a) Gerichtsaſſeſſoren: Rich. Dreſſel aus Brünn, 13. März. — Rud. Anſchütz aus Saalfeld, 8. Mai. — Alb. Zeth aus Bachdorf, 13. März. — Dr. Willy Heß aus Hüttengrund, 30. Oktober (jetzt Rechtsanwalt in Meiningen). — Dr. Franz Mechtold aus Oberlind, 30. Oktober. — Dr. Wilh. Zetzſche aus Eisfeld, 27. November. — Rich. Doebner aus Sonneberg, 23. Dezember (jetzt Rechtsanwalt in Sonneberg). — Wilh. Pocher aus Meiningen, 23. Dezember. (3 gut, 5 ausreichend, 1 nicht bestanden.)

b) Referendare: Alex. Freyſold aus Gräfenthal, 20. Juni. — Georg Liebermann aus Meiningen, 14. November. — Martin Moſer aus Camburg, 21. November. (3 ausreichend, 3 nicht bestanden.)

3. Herzogtum S.-Altenburg.

a) Gerichtsaſſeſſoren: Dr. Hans Wunderlich aus Altenburg, 13. März. (1 gut, 2 nicht bestanden.)

b) Referendare: Reinh. Erbe aus Eisenberg, 27. Juni. — Franz Kipping aus Altenburg, 25. Juli. — Paul Gabler aus Altenburg, 31. Oktober. — Erich Köhler aus Petſa, 31. Oktober. — Wilh. Weber aus Altenburg, 31. Oktober. (1 mit Auszeichnung, 1 gut, 3 ausreichend, 2 nicht bestanden.)

4. Herzogtum S.-Coburg und -Gotha.

a) Gerichtsaſſeſſoren: Dr. Alfr. Wachtel aus Gotha, 8. Mai (jetzt Rechtsanwalt in Gotha). — Dr. Hans Schlegelmilch aus Coburg, 30. Oktober. — Dr. Ernſt Fritzſch aus Coburg, 27. November. — Dr. Alfr. Rudolph aus Eiſchleben, 27. November. (1 gut, 3 ausreichend, 2 nicht bestanden.)

b) Referendare: Erich Jacobi aus Ichtershauſen, 14. November. (1 ausreichend, 2 nicht bestanden.)

5. Fürstentum Schwarzburg-Rudolstadt.

a) Gerichtsaſſeſſoren: (1 nicht bestanden.)

b) Referendare: Paul Gerhardt aus Oberweißbach, 29. Februar. — Hans Wächter aus Rudolstadt, 29. Februar. — Adolf Kaempfe aus Rudolstadt, 10. Oktober. — Kurt Werther aus Frankenhauſen, 10. Oktober. — Kurt Lairitz aus Rudolstadt, 31. Oktober. (5 ausreichend bestanden.)

Digitized by Google

6. Fürstentum Reuß ä. L.

a) Gerichtsassessoren: Paul Jahn aus Greiz, 8. Mai. — Mich. Schultze aus Hermannsgrün, 8. Mai. — Heinr. Hofmann aus Greiz, 3. Juli. (3 ausreichend, 1 nicht bestanden.)

b) Referendare: Hans Franke aus Zeulenroda, 29. Februar. (1 gut bestanden.)

7. Fürstentum Reuß j. L.

a) Gerichtsassessoren: Wilh. Bauer aus Langenberg, 3. Juli. — Dr. Otto Zieger aus Tanna, 3. Juli. — Werner Metz aus Gera, 27. November (jetzt Rechtsanwalt in Gera-Untermhaus). (1 gut, 2 ausreichend, 1 nicht bestanden.)

b) Referendare: (2 nicht bestanden.)

8. Andere Staaten.

Referendare: Herm. Sthamer aus Hamburg, 18. Januar. — Fritz Koselleck aus Madlow, 1. Februar. — Erich Kreutz aus Magdeburg, 1. Februar. — W. v. Braun aus Frankfurt a. O., 22. Februar. — Joh. Schlötke aus Neu-Ruppin, 14. März. — Bernh. Rüsse aus Lübeck, 9. Mai. — Ernst Unverdruß aus Deutz, 9. Mai. — Erich Schönfeld aus Neu-Ruppin, 20. Juni. — Arth. Ludwig aus Plaue, jetzt Preußen, 20. Juni. Moritz Weinberg aus Preußen, 20. Juni. — Alfr. Huber aus Oldenburg, 27. Juni. — Herm. Breckenfeld aus Neu-Barnim, 27. Juni. — v. Renthe-Fink aus Breslau, 27. Juni. — Georg Beuckendorf aus Grunewald, 11. Juli. — Karl Riedel aus Aachen, 18. Juli (in Meininger Dienste getreten). — Herm. Jaeger aus Charlottenburg, 10. Oktober. — Joh. Georg Krüger aus Halberstadt, 31. Oktober. — Hans Albrechts aus Ueckermünde, 31. Oktober. — Ed. Klamroth aus Flatow, 7. November. — Alfr. Ebmeyer aus Hannover, 7. November. — Walter Matthiolius aus Wriezen, 21. November. — Alfr. Gehrling aus Dortmund, 5. Dezember. — Alex. Weinmeister aus Aschersleben, 5. Dezember. — Emil Natz aus Neuhaus a. d. Osten, 5. Dezember. — Kurt Gillmann aus Berlin, 12. Dezember. — Reinh. König aus Bernburg, 12. Dezember. — Armin Lürman aus Bremen, 19. Dezember. — Walter Helmers aus Hamburg, 19. Dezember. — Dr. phil. Nirrnheim aus Hamburg, 19. Dezember. (1 mit Auszeichnung, 10 gut, 18 ausreichend, 11 nicht bestanden.)

Summa: Gerichtsassessoren 36, wovon 7 gut, 21 ausreichend, 8 nicht bestanden haben.

Summa: Referendare 78, wovon 2 mit Auszeichnung, 18 gut, 35 ausreichend, 23 nicht bestanden haben.

Digitized by Google

Bücherbesprechungen.

1. Rumpf, Dr. M. (Gerichtsassessor), Gesetz und Richter: Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung. Berlin (Otto Liebmann) 1906. 199 S. 4 M.

R. erachtet wie Stampe in dem Bd. 55, 159 u. 160 d. ThürBl. angeführten Buche die Rechtsanwendung deutscher Gerichte deshalb als im Argen liegend, weil diese in richterlicher Rechtsanwendung lediglich Auslegung der Gesetze (und Rechtsgewohnheiten) begriffen sehen. Der Richter soll nach R., um Recht zu sprechen, nicht nur mit rein verstandesmäßigem Denken kühl die Gesetze auslegen, sondern wenigstens bei den meisten derselben unabhängig davon aus seiner eigenen „Persönlichkeit" heraus „werten" und „wollen" d. h. selbständig nach eigenem Wissen und Fühlen die für und gegen die Zweckmäßigkeit des Gesetzes sprechenden Gründe untersuchen und gegeneinander abwägen und dann je nach dem Ergebnis dieser Operation das Gesetz gelten lassen oder nicht gelten lassen. Diesen Weg den deutschen Richtern zu weisen und zu empfehlen, behandelt R. in den 25 Kapiteln des Buches folgendes: 1. die Aufgabe und ihre Begrenzung, 2. Rechtsanwendung einst und jetzt, 3. außerdeutsche Rechtsanwendung, 4. der Richter als Mittelpunkt der Rechtsanwendung, 5. Grenzen der einen Rechtsanwendung, 6. logische Denkgesetze im Recht, 7. Werte in der Rechtsanwendung, 8. Interessenwägung und Konstruktion, 9. Zusammenhang des Wertens mit dem Denken, 10. Verhältnis zwischen den Wertungen des Gesetzgebers und des Richters, 11. Grenzen des Wertens bei der Rechtsanwendung, 12. das Wollen des Richters, 13. Allgemeingültigkeit der Ergebnisse der Rechtsanwendung?" 14. Rechtsgefühl, juristischer Takt und bewußte Rechtsanwendung, 15. Wille des Gesetzgebers, 16. Gesetzesmaterialien, Präjudizien und Stetigkeit der Rechtsprechung, 17. kritischer Nachtrag zur herrschenden Auslegungslehre, 18. Auslegungsregeln, eine Gefahr für die Rechtsanwendung, 19., 20., 21. strenge Auslegung von Sondernormen, Formvorschriften und sehr allgemeinen Normen?, 22. individualisierende Auslegung und dispositives Recht, 23. Redaktions-Versehen und Auslegung, 24. Verpflichtungskraft gesetzlicher Definitionen und Auslegungsregeln, 25. ist der amtliche Lebensgang des deutschen Zivilrichters wohl geeignet, Persönlichkeiten heranzubilden?

R. weist seine Methode in dem Buche an einer großen Reihe gesetzlicher Bestimmungen meist solcher des BGB. nach, sehr häufig entschiedene Fälle erzählend, und dann regelmäßig die Entscheidungen oder doch ihre Gründe mißbilligend. Der Unterzeichnete muß dagegen die meisten der Entscheidungen R.s oder doch deren Gründe mißbilligen.

1) R. sieht im Trauring des § 811, 11 ZPO. nur einen Ring, welcher bei einer (kirchlichen) Trauung gebraucht worden ist, und hält daher den für die nahe Trauung bestimmten Ring einer Braut für pfändbar nach dem Gesetze, entschließt sich aber mit großen Zweifeln nach seitenlangen philosophischen und ethischen Betrachtungen dafür, solchen Trauring dem Gesetz zuwider unpfändbar sein zu lassen. Offenbar aber ist doch Trauring im Sinn des § 811 ZPO. dasselbe, was er im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs ist, und man bestellt sich vor der Trauung einen Trauring.

2) Die Pensionsforderung einer Dame für einen vereinzelt in Pension genommenen Schüler soll laut S. 71 trotz § 196, 12 BGB. nicht mit 2 Jahren verjähren, weil man nur solchen Personen, die gewerbsmäßig oder berufsmäßig eines der in § 196 aufgeführten Geschäfte abzuschließen gewohnt sind, zumuten kann, daß sie um die (besonderen) rechtlichen Schranken der Durchsetzung ihrer Ansprüche wissen! Man vergleiche die Nr. 16 und 17 des § 196, sowie die „Motive" Bd. 1 S. 301 a. E.

3) Die durch § 377 HGB. gesetzte Pflicht, bei Handelskauf einen Mangel „wenn er sich zeigt", unverzüglich zu rügen, soll laut S. 73 bei Großkaufleuten Platz greifen, wenn der Mangel auch nur zu vermuten ist, bei Kleinkaufleuten dagegen nur Platz greifen, wenn der Mangel klar vorliegt.

4) Laut S. 74 soll es unklar sein, ob nach § 136 ZPO. der Vorsitzende die Parteien zur Angabe von Beweismitteln zu veranlassen hat, und dieser es tun

Digitized by Google

oder nicht tun, je nachdem er „die sog. Verhandlungsmaxime in den Vorschriften der ZPO. anerkannt" sieht und „danach mehr prozessualer Individualist sein zu müssen glaubt" oder nicht.

5) Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner laut § 279 BGB, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, ein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt; laut § 242 BGB. aber ist der Schuldner nur verpflichtet, die Leistung so zu beschaffen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Aus dem Zusammenhalt dieser beiden Vorschriften ergibt sich, daß für den Tatbestand des § 279 genügend ist, im Unvermögen so zu leisten, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, und daß also, wer in der Zeit von Februar bis Mai einen Stoff zu liefern hat, wie er einzig und allein in seiner Mühle X hergestellt wird und zur Zeit einzig und allein in dieser Mühle hergestellt werden kann, nicht für die Lieferung einsteht, wenn die Mühle am 30. Januar abbrennt. So auch RG. II 23. Februar 1904 (Bd. 57 S. 116 fg.). R. aber meint S. 75/76, daß diese Entscheidung wider das Gesetz verstoße, jedoch durch „Wertgesichtspunkte" sich rechtfertige.

6) Wenn dem Grundeigentümer, sagt RG. V 11. Mai 1904 (Bd. 58 S. 130) durch die Eisenbahn-Gesetze die Befugnis genommen wird, ihm gefährlichem Betrieb auf benachbartem Grund zu widersprechen, so ist ihm damit nicht auch der Anspruch auf Ersatz des ihm durch diesen Betrieb erwachsenden Schadens genommen; er kann daher Funkenschaden auch ohne Beweis fehlerhafter Heizung ersetzt verlangen. Solche Entscheidung ist nach Ansicht des Unterzeichneten nur Gesetzesauslegung, nach Ansicht R.s auf S. 77 vom Gesetz abweichende „reine Rechtsschöpfung".

7) Laut RGZ. V 19. Juni 1905 (Bd. 61 S. 14) haben Landgericht, Oberlandesgericht und Reichsgericht Enkel als gesetzliche Erben anerkannt, als die Großmutter nur sie, ihre Mutter und deren kinderlose Schwester als Nachkommen hinterlassen hatte und aus dem Testament, in welchem diese beiden auf ihren Pflichtteil in Geld gesetzt, übrigens aber von der Erbschaft ausgeschlossen waren, niemand Erbe ward. Das Reichsgericht leitet diese Berufung ab aus den §§ 1934, 1953, 2344, 2346, 2349 und 1938 BGB., nach Ansicht des Unterzeichneten völlig überzeugend; R. erachtet S. 125—130 die Entscheidungen für gesetzwidrig, aber aus einer Reihe von „Wertungen" des Lobes und der Befolgung würdig.

8) R. rechnet auf S. 156 zu dem vom Besteller eines Baues gelieferten „Stoff" des § 645 BGB., sicher mit Recht, auch das dem Besteller gehörige Baugrundstück, sieht deshalb aber einen Widerspruch zwischen § 645 und § 950 BGB., in welchem es heißt: „Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt"; denn, meint er, kraft dessen seien nach dem BGB. eigentlich nur bewegliche Sachen Stoffe.

9) Laut RGZ. I 21. Dezember 1901 (Bd. 56 S. 51) hatte A. Küster, Prokurist der seiner Ehefrau zuständigen Firma A. Küster, einen Wechsel gezeichnet, und Kammergericht wie Reichsgericht haben die Zeichnung als für die Firma verbindlich erkannt; R. erklärt S. 164/165 diese Entscheidung für gesetzwidrig, indem er § 49 HGB. nicht neben § 126 BGB. berücksichtigt.

10) Ohne § 42 des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschafts-Genossenschaften (RGBl. von 1898 S. 816) gehörig zu würdigen und den Unterschied von laufenden Geschäften und anderen Rechtshandlungen zu beachten, erklärt R. S. 165 fg. in Widerspruch zu der gesamten Rechtsprechung jede Zeichnung eines einzigen Vorstandsmitgliedes einer Genossenschaft dieser Art für gesetzwidrig; indem er aber „zwischen dem Werte der Sicherung der Genossenschaft gegen die Allmacht eines einzigen Vorstandsmitgliedes und dem Werte der Rechtssicherheit und andererseits zwischen dem Werte des Rechtsverkehrs abwägt", entscheidet er sich für Billigung der Gesetzwidrigkeit.

11) Laut Recht S. 181 und DJZ. v. 1905 S. 1142 fg. hat ein Pfarrer bei einem auswärtigen Schneider brieflich einen Talar bestellt, die Ankunft des Briefes beim Schneider aber nicht mehr erlebt; R. läßt, freilich in Uebereinstimmung mit Kuhlenbeck, die Erben nicht gebunden sein, den ohne Kenntnis von dem Todesfall angefertigten Talar zu bezahlen. R. meint, es sei beim Pfarrer kein anderer Wille anzunehmen, als daß für den Fall solch baldigen Todes die Bestellung nicht geschehen

Digitized by Google

sein solle und dies müsse gelten kraft der Schlußworte des § 153 BGB., „es sei denn, daß ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist". Die Schlußworte des § 153 sind aber im Zusammenhang mit dem übrigen Teil dieser Vorschrift auszulegen und daher als von Annahme der anderen Vertragspartei zu verstehen; der Schneider aber konnte auf Grund des Bestellbriefes baldigen Tod des Pfarrers doch unmöglich annehmen.

In vielen der im vorstehenden nicht erwähnten Fälle des Buches handelt es sich übrigens gar nicht um Auslegung von Gesetzen, sondern um Auslegung von Verträgen und sonstigen Handlungen und Vorgängen rechtlicher Bedeutung, insbesondere z. B. auf den Seiten 59 ff., 66 ff., 68 ff., 70 ff., 178 ff., 180 ff., 182 ff., 183 fg.

Was aber R. gegen die alte Lehre von der Auslegung der Gesetze auf S. 137—154 vorbringt, möchte nicht bedeutender sein, als das, was er für ihren Ersatz mit großem Preise vorbringt.

2. Verhandlungen des neunundzwanzigsten deutschen Juristentags, herausgegeben von dem Schriftführeramt der ständigen Deputation; Bd. 1—4: Gutachten. Berlin (J. Guttentag) 1908. 312 S., 340 S., 286 S. und 480 S.

Soviel wie der 29. hat noch kein Juristentag an Gutachten gebracht, und bei diesem bleibt nach Ansicht des Unterzeichneten die Güte nicht hinter der Menge zurück; womit er freilich nicht nur nicht alle gebilligt — sie widersprechen sich ja natürlich zum Teil — sondern auch nicht ohne Ausnahme jedes gelobt haben will. Es ist folgendes verhandelt:

1) Empfiehlt sich die gesetzliche Regelung des gewerblichen Arbeitsvertrages, insbesondere des Tarifvertrages, zwischen Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden einerseits und Arbeiterverbänden andererseits?

2) Welche zivilrechtliche Folgen knüpfen sich an die im modernen Lohnkampf üblichen Verrufserklärungen, insbesondere an das Verbot des Einkaufs und Verkaufs, des Arbeitgebens und Arbeitnehmens?

3) Sind besondere Vorschriften erforderlich und wünschenswert, um die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts an den mit einem Fabrikgebäude zu verbindenden Maschinen zu sichern?

4) Empfiehlt es sich, das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlautern Wettbewerbs in Ansehung des Ausverkaufswesens zu ergänzen?

5) Ist das Recht der Lagerscheine und Lagerpfandscheine reichsgesetzlich zu regeln?

6) Welche Aenderungen des bestehenden Rechts empfehlen sich, um denjenigen Personen, welche in einem Vertrags- oder Anstellungsverhältnis tätig sind, den gebührenden Anteil an Nutzen und Ehre aus ihren Erfindungen und sonstigen geistigen Schöpfungen sicherzustellen?

7) Bedarf das Legalitätsprinzip im Strafverfahren einer Einschränkung, bejahendenfalls in welcher Richtung?

8) Welches Strafmittelsystem empfiehlt sich für das künftige deutsche Strafgesetzbuch?

9) Empfiehlt es sich, in das künftige deutsche Strafgesetzbuch Vorschriften über Strafzumessung aufzunehmen?

10) Ist die Voruntersuchung im Sinne der gegenwärtigen StPO. beizubehalten, und wie würde sie, falls diese Frage bejaht wird, zu gestalten sein?

11) Ist in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten das Kollegialprinzip zugunsten des Einzelrichtertums einzuschränken?

12) Empfiehlt sich eine Aenderung des Rechtsmittels der Revision in Zivilsachen?

13) Bedarf das amtsgerichtliche Verfahren einer Reform und nach welchen Richtungen?

Zu Nr. 1 finden sich Gutachten vom ersten Vorsitzenden des Berliner Gewerbe- und Kaufmannsgerichts, Magistratsrat v. Schulz in Bd. 2 S. 201—340; vom Privatdozenten Dr. Waldemar Zimmermann zu Berlin in Bd. 3 S. 187—252, vom Sekretär des Niederösterreichischen Gewerbevereins Professor

Digitized by Google

Dr. R. Kobatsch zu Wien in Bd. 4 S. 3—82; von Hof- und Gerichtsadvokaten Dr. Markus Ettinger zu Wien in Bd. 4 S. 83—185.

v. Schulz will mit seinem Bericht die RGewO. Tit. VII Abschnitt 1 dahin ergänzt haben, „daß auf Tarifgemeinschaften zwischen gewerblichen Unternehmern und Arbeitern die §§ 152, 153 keine Anwendung finden und daß Tarifvereinbarungen für ihre Teilnehmer derart bindend sind, daß von den Teilnehmern abweichende Bestimmungen weder durch den einzelnen Arbeitsvertrag noch durch Arbeitsordnungen getroffen werden dürfen" (S. 336 nebst S. 316); privatrechtliche Regelung des Arbeitsvertrages hält er dagegen zur Zeit für verfrüht (insbesondere S. 315).

Ganz gegensätzlich erachtet Waldemar Zimmermann die Aufgabe der kommenden Tarifvertragsgesetzgebung für vorerst wesentlich privatrechtlicher Natur; er will § 153 GewO. aufgehoben und eine „gemeine Arbeitsregel" geschaffen wissen, verweist aber auch das öffentliche Recht den Tarifverträgen gegenüber in die engsten Grenzen (insbesondere S. 252).

R. Kobatsch aber denkt mit Hegel „es bilden die sozialen Interessenvertretungen gleichberechtigter Wirtschaftsinteressen (Gewerkschaften) die Thesis, von welcher die ebenfalls gemeinsam versuchte Organisation der entgegengesetzten Interessen (Arbeitgeberorganisationen) als Antithesis naturnotwendig, mit unabwendbarem entwickelungsgeschichtlichen Zwange ausgelöst wird, um derart die Synthesis eines sich immer schärfer herausbildenden neutralen Interessenausgleiches vorzubereiten und durchzusetzen — im obersten Interesse des Staates und der gesamten Volkswirtschaft" (S. 53/54); er hält dafür, „daß den Tarifverträgen eine große volkswirtschaftliche und soziale Bedeutung unzweifelhaft zugesprochen werden muß, daß wir einem ganz neuartigen Vertragstypus gegenüberstehen, dessen juristische Konstruktion und gesetzliche Regelung noch umstritten ist, aber im Sinne der Rechtsgültigkeit und der Sicherung dieser Verträge unternommen werden sollte" sowie dafür, „daß den Tarifverträgen zwar so manche Nachteile, insbesondere für die Unternehmer anhaften, daß sie aber für viele Branchen das kleinere Uebel gegenüber den Lohnkämpfen darstellen, und daß ihnen unleugbar ein für beide an dem Arbeitsverhältnisse interessierte Parteien wirksame erziehliche Mission innewohnt".

Ettinger will: die Gesetzgebung soll hinsichtlich des Arbeitsnormenvertrages „der von der Tagesströmung beeinflußten Rechtsprechung einen festen Halt auf Basis der allgemeinen Vertragsfreiheit bieten", dem Arbeitsnormenvertrage „im gewissen Sinne einen öffentlich-rechtlichen Charakter des jus cogens sichern", „Streik und Aussperrung erst nach vorhergehendem Einigungsversuche Platz greifen" lassen, „eine Priorität in bezug auf die Arbeitsgelegenheit, bezw. den Anspruch auf Arbeitskräfte zugunsten der dem Arbeitsnormenvertrage sich unterwerfenden Arbeiter und Arbeitgeber schaffen", „strafrechtlich die Streiks vollständig mit der Verweigerung des Abschlusses von Verkaufsverträgen und dem Bruche von Warenlieferungsverträgen" gleichstellen, „die Gewerkschaftskasse als solche nur für Verstöße" haften lassen, „die auf Grund von Generalversammlungsbeschlüssen oder statutenmäßiger Vollmachten durch die Gewerkschaftsbeamten begangen sind" und entsprechende Haftung für die Unternehmerseite verordnen (insbesondere S. 182 ff.).

Alle vier genannten Gutachten sind eine Fundgrube für Schrifttum, Geschichte und Gesetzgebung der Tarifverträge.

Zu Nr. 2 sind Gutachter Kammergerichtsrat Dr. Pape in Bd. 4 S. 246—269 und Prof. Dr. Oertmann, dessen Gutachten aber bereits in den Verhandlungen des 28. deutschen Juristentages, Bd. 2 S. 33—85 sich befindet. Beide erachten den Verruf nicht geschützt durch die §§ 152 und 153 GewO., wohl aber den Verrufenden haftbar nach § 823 BGB. und beide halten daher neue bürgerlich-rechtliche Vorschriften über den Verruf nicht für erforderlich.

Die 3. Frage wird von OLGRat Dr. Niedner in Bd. 3 S. 92—128 verneint, von Prof. Dr. Lenel in Bd. 3 S. 1—38 nicht nur für Maschinen, sondern überhaupt für alle Sachen bejaht, welche ohne Zerstörung oder erhebliche Beschädigung des Grundstücks oder Gebäudes wieder entfernt werden können.

Zu Nr. 4 wird lediglich auf die Gutachten des OLGRats Dr. Lobe und des Rechtsanwalts Julius Magnus in den Verhandlungen des 28. deutschen Juristentages Bd. 1 S. 317 ff. und Bd. 2 S. 352 ff. verwiesen, welche beide verneinen.

Digitized by Google

Die 5. Frage wird vom Privatdozenten Dr. Molwo in Bd. 3 S. 273—286 sowie vom Prof. Dr. Heymann in Bd. 4 S. 356—437 entschieden bejaht.

Zu Nr. 6 haben Gutachten abgegeben in Bd. 1 S. 82—258 Prof. Dr. Schanze und in Bd. 3 S. 252—272 Prof. Dr. Albert Osterrieth. Schanze will: Bei allen Geistesschöpfungen soll der Urheber Berechtigter sein; das hiernach für Angestellte im Betriebe ihres Geschäftsherrn entstehende Recht an Erfindungen und Gebrauchsmustern soll aber alsbald ohne weiteres auf den Geschäftsherrn übergehen; wenn dieser das Recht nicht etwa zurückweist, soll er dem Angestellten eine angemessene Vergütung zahlen, auf welche nicht im voraus verzichtet werden kann. Osterrieth will auf ein Patent und auf Eintragung eines Gebrauchsmusters ohne Beschränkung nur dem Erfinder oder seinem Rechtsnachfolger einen Anspruch gegeben wissen und außerdem angeordnet haben, „daß auf Antrag des Anmelders der Name des Erfinders bei der Bekanntmachung der Anmeldung, in der Patentrolle und auf der Patentschrift angebracht werden muß".

Zu Nr. 7 wollen beide Gutachter, Professor Dr. von Ullmann in Bd. 1 S. 63—81 und Reichsanwalt Dietz in Bd. 3 S. 51—91 das sog. Legalitätsprinzip eingeschränkt wissen, jedoch jeder auf andere Weise. von Ullmann schließt sich den Beschlüssen Nr. 119 und 243 der Reichskommission für die Reform des Strafprozesses an, nach welchen das Legalitätsprinzip nicht gelten soll bei Uebertretungen, bei Verbrechen und Vergehen von Kindern und in den als erheblich vermehrt gedachten Fällen möglicher Privatklage. Dietz will jedes Verbrechen, auch das eines Kindes, unbedingt verfolgt wissen, nur bei öffentlichem Interesse aber Uebertretungen, Vergehen eines Kindes und die Vergehen der §§ 185—189, 223, 230, 232, 123, 241, 303, 121², 289, 292, 299, 175 St.GB., des § 21 PrG., des § 12 UnlWG., des § 14 MustG., der §§ 36 und 40 PatG., des § 10 GebrMustG., der §§ 14, 15 und 16 WarZG.

Zu Nr. 8 liegen Gutachten vor vom Reichsgerichtsrat Ludwig Ebermayer in Bd. 1 S. 249—312 und vom vortragenden Rat Dr. Krohne in Bd. 4 S. 199—245. Ebermayer will mehr als bisher die Gesinnung des Täters berücksichtigt wissen, zumal bei Wahl der Strafart und wünscht daher Vermehrung der wahlweisen Strafdrohungen; er stimmt ferner für Deportation als Strafart, tunlichste Einschränkung kurzer Freiheitsstrafen, lebenslängliche und 15-jährige Haftstrafe, Höchstmaß von 3 Jahren bei der Gefängnisstrafe, Mehrung der Geldstrafen, Verweis auch gegen Erwachsene, Verschärfung der Strafdrohungen gegen gewerb- und gewohnheitsmäßige Uebeltäter und im übrigen für Beibehaltung des Bisherigen. Krohne spricht sich zweifelhaft über die Todesstrafe aus (S. 207), will nur 2 Arten von Freiheitsstrafen haben, diese aber in getrennten Anstalten vollzogen wissen (S. 210 ff.), empfiehlt Aufenthalts-Beschränkung und Wirtshausverbot (S. 221 ff.), Umbildung von Strafaufschub und vorläufiger Entlassung (S. 223 ff.), Unvererblichkeit der Geldstrafe (S. 231), größere Möglichkeit, Entschädigung im Strafverfahren zu erlangen (S. 231 ff.), mehr Berufsverbote (S. 233), weitere Maßregeln gegen Rückfällige, Bettler, Landstreicher, Arbeitsscheue, Trunkenbolde und Dirnen (S. 234 ff.) und spricht sich gegen die Prügelstrafe sowie gegen Deportation aus (S. 238 ff. und S. 228 229).

Ueber die 9. Frage, über welche Oberstaatsanwalt Dr. Högel in den Verhandlungen des 28. deutschen Juristentages Bd. 2 S. 3—19 in bezug lediglich auf den Versuch sich ausgesprochen hat, findet sich nur ein Gutachten von Prof. Dr. Finger in Bd. 2 S. 37—101. Finger bejaht die Frage, und zwar will er die Gründe für die Strafzumessung im allgemeinen Teile des Strafgesetzbuchs aufgestellt und die danach für den einzelnen Fall maßgebenden Tatsachen vom Gericht besonders festgestellt und im Urteil aufgeführt haben. Unbestimmte mildernde Umstände soll es nicht mehr geben, und die Strafrahmen sollen in ganz besonderer Weise geregelt werden.

Was Nr. 10 anlangt, so sind beide Gutachter — LGRat Werner Rosenberg in Bd. 1 S. 3—62 und Prof. Dr. Mittermaier in Bd. 2 S. 134—200 — Gegner gerichtlicher Voruntersuchung; beide aber nehmen an, daß gerichtliche Voruntersuchung nach wie vor für einzelne Fälle ein notwendiges und für andere einzelne Fälle ein mögliches Stück des Vorverfahrens bleibt und sprechen daher

Digitized by Google

beide für solches Vorverfahren ihre allerdings nicht ganz übereinstimmenden Wünsche aus. Rosenberg lehnt für das Vorverfahren „Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Anklageform" ab, schlägt Parteiöffentlichkeit vor für bestimmte Handlungen des Vorverfahrens, teils als notwendige, teils als mögliche, will in der Hauptverhandlung von Protokollen nur die über parteiöffentliche Vorgänge verlesen wissen, eine nicht notwendige Voruntersuchung nur in großen und schwerigen Fällen eröffnet haben, den mündlichen Verkehr zwischen Beschuldigten und Verteidiger von allen, den schriftlichen Verkehr von fast allen Schranken befreien, die Untersuchungshaft stets (also wohl auch bei während Flucht!) nur nach mündlicher, parteiöffentlicher Verhandlung zulassen; er erklärt einen Verteidiger bei jeder Voruntersuchung für notwendig und will ihm die Befugnis erteilen, schon von Anfang an alle Gerichtsakten mit Ausnahme der Handakten des Untersuchungsrichters einzusehen; er will ferner eine Mitteilung dieser Handakten an Rats- oder Strafkammer verboten wissen, das Eröffnungsverfahren abschaffen, dagegen den Untersuchungsrichter ermächtigen, „im Schlußverhör gegen einen geständigen Angeschuldigten das Urteil zu fällen, wenn beide Parteien in die sofortige Aburteilung einwilligen". Daß von letzteren für etwaige Todesstrafe eine Ausnahme stattfinden solle, ist ebensowenig gesagt, als weshalb die zugunsten des Beschuldigten vorgeschlagenen Maßregeln nur für gerichtliches und nicht auch für staatsanwaltschaftliches Vorverfahren vorgeschlagen werden.

Nach Mittermaier ist „Unmittelbarkeit, Unbefangenheit und Frische der Hauptverhandlung" besser zu gewährleisten, „Einheitlichkeit des Vorverfahrens durch organisches Zusammenwirken der an ihm beteiligten Personen zu erreichen", „die Richterstellung des Untersuchungsrichters streng zu wahren, das Recht des Beschuldigten scharf zu umgrenzen und sicherzustellen", der Staatsanwalt „entschieden auf Selbstätigkeit und Selbstverantwortung hinzuweisen", mit einer geschulten Polizei zu versehen und zur Substantiierung der Anklage sowie zu gleichzeitiger Spezialisierung der Beweismittel zu veranlassen, die Notwendigkeit der Verteidigung zu erweitern, der Verkehr zwischen Verteidiger und Beschuldigten völlig freizugeben, die Untersuchungshaft zu reformieren, Parteiöffentlichkeit für alle „Vorwegnahmen der Hauptverhandlung" zu bestimmen, jedes dem Gericht zu übergebende Protokoll, wenn es nicht solche „Vorwegnahmen" betrifft, summarisch abzufassen, und überhaupt „das gesetzliche System durch eine sich ihm anpassende Praxis lebendig" zu machen.

Die 11. Frage wird im Gutachten des Heidelberger Professors Dr. Heinsheimer (Bd. 4 S. 304—330) entschieden verneint, im Gutachten des Innsbrucker Professors Dr. Walker ebenso entschieden bejaht; letzterer billigt zugleich die bezüglichen Bestimmungen des jetzigen deutschen Entwurfs und empfiehlt die Zahl der Mitglieder eines Senats der Oberlandesgerichte und des Reichsgerichts auf drei herabzusetzen. —

Die 12. Frage wird sowohl von Exzellenz Hamm in Bd. 3 S. 39—50 wie vom Anwalt beim Reichsgericht Justizrat Syring in Bd. 3 S. 129—186 bejaht. Hamm formuliert seine Vorschläge dahin:

§ 545 ZPO. Die Revision findet gegen die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Endurteile statt, soweit durch dieselben die der Rechtskraft fähige Entscheidung des Urteils erster Instanz abgeändert oder die Berufung als unzulässig verworfen ist. In Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für welche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind, findet die Revision auch statt, wenn durch das von dem Oberlandesgericht erlassene Endurteil die der Rechtskraft fähige Entscheidung des Urteils erster Instanz nicht abgeändert ist.

Bei allen Rechtsstreitigkeiten ist die Revision gegen gleichlautende Endurteile beider Instanzen zulässig, wenn diese auf einer Rechtsanschauung beruhen, die einem von dem Reichsgericht ausgesprochenen Grundsatz widerspricht. —

§ 551 ZPO. = jetzigem § 551 ohne die Worte „wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist".

§ 554 ZPO. = jetzigem § 554 ohne Nr. 3 c.

§ 551 ZPO. Eine Entscheidung ist wegen anderer Verletzungen von Rechtsnormen über das Verfahren als der in § 551 aufgeführten nur anfechtbar, wenn der Verletzung eine rechtsirrtümliche Auslegung der Rechtsnorm zugrunde liegt. —

Digitized by Google

Zu Nr. 13 machen beide Gutachter — Amtsgerichtsrat Jastrow in Bd. 2 S. 102—133 und Rechtsanwalt Dittenberger in Bd. 4 S. 331—355 — eine ganze Reihe von Vorschlägen zur Besserung des amtsgerichtlichen Verfahrens, teilweise neue, teilweise auch schon von anderen gemachte; beide lehnen den jetzigen amtlichen Entwurf ab und sind der unter uns Hannoverschen Richtern schon vor 1866 herrschenden Ansicht, daß das amtsgerichtliche Verfahren nicht in einem Anhang zu den Vorschriften über Kollegialverfahren, sondern selbständig zu ordnen ist.

Den Gutachten folgt in Bd. 4 S. 438—480 der übliche Bericht über die Rechtsentwickelung in Deutschland und Oesterreich in den beiden letzten Jahren, diesmal vom Amtsrichter Vormbaum. Band 4 sind auch noch auf einem Blatt von 4 vollen Seiten 24 Thesen des Reichsgerichtsrats a. D. Galli zu achten Frage beigefügt.

3. Michaelis, Hermann, § 175; Homosexualität in Sitte und Recht; mit Geleitswort von Dr. med. Magnus Hirschfeld. Berlin (Dames) 1907. VIII und 118 S. 4 M.

§ 175 StGB. wird unmittelbar erst angegriffen unter Nr. XII und Epilogus auf S. 100—118. Unter den Nr. I—XII wird für das zweite Buchtitel-Stück behandelt S. 1—5 die „Genesis", S. 6—14 die „Gnosis", S. 14—22 „Weltgeschichte und Weltliteratur", S. 23—27 „Der alte Orient", S. 28—39 „Hellas", S. 40—48 „Rom und das Christentum", S. 49—55 „Deutschland bis zur Carolina", S. 56—65 „Deutschland von der Carolina bis zur Josephina", S. 66—76 „Deutschland von der Josephina bis zum RStGB.", S. 77—95 „Die außerdeutschen Länder Europas", S. 96—99 „China, Japan und einige Naturvölker". Erstaunlich ist die Belesenheit des Verfassers, erstaunlich auch seine Beflissenheit und Kunst, Stellen zweifelhaftester Auslegung für Urningsliebe u. dgl. in Anspruch zu nehmen und erstaunlich die Unverfrorenheit, mit welcher er Lobredner der Freundschaft, wie u. a. Herder und Schiller, für Gönner der Urningsliebe ausgibt. Wenn die Urningsliebe u. dgl. zu fast allen Zeiten und unter allen Völkern wirklich so verbreitet war, wie der Verfasser es darstellt, so beweist das doch wohl noch nicht, daß sie die von der Natur geordnete gleichwertige zweite „Varietät" sinnlicher Liebe ist, und auch der hierfür vom Verfasser nach anderen vorgetragene physiologische Beweis möchte nur Urninge überzeugen. Mitleid mit den Familien verurteilter oder flüchtiger Urninge kann m. E. nicht, wie der Verfasser will, zur Aufhebung des § 175 StGB. führen; denn dann müßte Mitleid alle Strafgesetze abschaffen. Lobeserhebungen aber von Mann und Werk, wie sie das Buch enthält, können eher Stimmung dafür machen, etwas unter Strafe zu belassen, was auch heutzutage noch in Deutschland nicht bloß von der „orthodoxen Geistlichkeit und deren Gefolgschaft", wie der Verfasser meint, sondern von der großen Mehrzahl aller anderen Menschen verabscheut wird, nachdem es, noch vor einem Menschenalter hier nur wenigen bekannt, Verkündiger und Verbreiter gefunden hat.

4. Zeitschrift für Sexualwissenschaft, herausgegeben von Dr. Magnus Hirschfeld Jahrg. 1 Nr. 7 (Juliheft). Leipzig (H. Wigand) 1908. 64 S. 1 M.

Dieses Heft enthält; 1) Prof. Dr. Max Katte-Berlin, Ueber den Begriff der Abnormität mit besonderer Berücksichtigung des sexuellen Gebietes; 2) Dr. med. L. Kutscher-Bern, Das Ehesystem des Pfarrers Noyes; 3) Prof. C. Lombroso-Turin, Liebe, Selbstmord und Verbrechen; 4) pp. Hirschfeld, Gedanken zum Nachdenken; 5) Dr. A. Kind-Berlin, Sammelreferat über psychiatrische Arbeiten; pp. Katte, Schillers Malteser, ein homosexuelles Dramenfragment; 7) Dr. Paul Naecke, Musik und Geschlechtlichkeit.

Der unter 1 aufgeführte Aufsatz sucht die Urningsliebe als eine von zwei durch die Natur veranstalteten Arten sinnlicher Liebe zu erweisen; der unter 3 aufgeführte hebt u. a. (S. 431) hervor „wieviel Romantik, wieviel Würde diese Liebschaften in sich schließen"; der unter 6 aufgeführte stellt Schiller als Gönner der Urningsliebe dar. Hiernach dürfte die bei der Anzeige des Januarheftes ungern ausgesprochene Vermutung leider richtig sein.

Hannover. W. Ch. Francke.

Digitized by Google

5. Marbersteig, Georg (Rechtsanwalt), Das Jagdrecht des Großherzogtums Sachsen. Weimar (Hermann Böhlaus Nachfolger) 1908. Preis 3 Mark.

Der Verfasser hat sich mit Erfolg der schweren Aufgabe unterzogen, in einem handlichen Bändchen von 208 Oktavseiten die Gesamtheit der im Großherzogtum geltenden, auf das Jagdwesen bezüglichen Gesetze und Verordnungen zu behandeln.

Er gibt zunächst eine gedrängte systematische Darstellung der das Jagdwesen betreffenden Normen des Privatrechts, Strafrechts und Polizeirechts, und schließt daran eine Zusammenstellung der einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen und Verordnungen. Dabei zieht er den Kreis sehr weit, er berührt z. B. das Versicherungswesen und Steuerfragen. Auch berücksichtigt er in gleichem Maße Landesrecht und Reichsrecht, so daß sich Lücken kaum nachweisen lassen werden. Die Ansprüche, denen ein Lehrbuch genügen muß, dürfen an das Werkchen nicht gestellt werden. Die systematische Ordnung könnte an einzelnen Stellen strenger, die Entwicklung der grundlegenden Begriffe eingehender sein. Der Verfasser mußte eben in letzterer Beziehung enge Grenzen einhalten, wenn das Buch nicht seinen Zweck, für Juristen und Waidmann ein handlicher Wegweiser zu sein, verfehlen sollte.

An dem Ergebnis der systematischen Darstellung ist wenig zu bemängeln; schöpft doch der Verfasser, wie er in der Einleitung auch angibt, aus einer guten Quelle, aus Dalcke-Delius, Preußisches Jagdrecht.

Einzelne Bedenken, welche aus der Anlehnung an das auf preußischem Recht fußende Werk und dem Bestreben nach Kürze zu erklären sind, tun dem praktischen Werte des Buches keinen Abbruch (vergl. die Trennung von Flug- und Laufwild S. 39). Das gleiche gilt schließlich auch von der nicht immer glücklichen Ordnung des reichen Stoffes. So werden in § 12 zivilrechtliche Schranken des Jagdrechts mit polizeilichen Verboten der Ausübung vermengt, und in § 11 wird unter dem Titel „Sonntagsjagd" der Begriff Treibjagd erörtert (S. 30). Hier kommt der Verfasser, allerdings in Uebereinstimmung mit einer Kammergerichtsentscheidung, auch zu einem meines Erachtens irrigen Ergebnis: er erachtet die Zuziehung von nicht selbst jagenden Treibern als ein notwendiges Merkmal; ein Kessel von 30 Schützen ist zweifellos eine Treibjagd, wenn auch keine waidmännische.

Gut gelungen ist der die Jagdverpachtung behandelnde 6. Abschnitt. Hier kommt ganz besonders der Vorzug des Buches zur Geltung, daß es eine erhebliche Anzahl von Verfügungen und Entscheidungen unseres Staatsministeriums dem Publikum zugänglich macht. Dafür darf man dem Verfasser und demjenigen, der ihm diese Publikation ermöglichte, besonders dankbar sein.

Die Angaben über Literatur und Rechtsprechung sind ausgiebige. Auch die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Jena, die für unser Gebiet die wichtigste ist, wird durch Anführung einiger Entscheidungen berücksichtigt.

Ein ausführliches Alphabetisches Register erleichtert, besonders für den Laien, die Ausnutzung des gebotenen Stoffes.

Der Verfasser, dessen persönliches Interesse an waidgerechtem Jagen auf jeder Seite hervortritt, der aber auch ein offenes Auge für die entgegenstehenden Interessen hat, schließt die Einleitung des Buches mit einem „Waidmannsheil!" Wir können ihm mit aufrichtigem „Waidmannsdank" antworten.

Jena, Dezember 1908.

Dr. F. Schmid.

Digitized by Google

Abhandlungen, Besprechungen von Rechtsfällen ꝛc.

Ueber den Grundbuchberichtigungszwang.

Von Landgerichtsrat Steinhäuser in Greiz.

Finanzpolitische Gründe sprechen für die Wiedereinführung dieses Zwanges. Dem staatsfiskalischen Interesse parallel läuft das Interesse des Grundbuchamtes und dasjenige der Beteiligten, wie im folgenden dargelegt werden soll.

I. Unter Grundbuchberichtigung kann nach dem neuen Rechte lediglich die Buchung der ohne Mitleidenschaft des Grundbuchs (also ohne Eintragung) sich vollziehenden Rechtsänderung verstanden werden. Auf dem Wege der Berichtigung in diesem Sinne wird die Herstellung der Uebereinstimmung des Grundbuchinhalts mit der wirklichen Rechtslage herbeigeführt (§ 894 ff. BGB.).

Es leuchtet nun ein, daß eine solche Berichtigung nicht allein bei dem umfassendsten Rechte an Grundstücken, nämlich dem Eigentumsrechte, sondern auch bei den Rechten an fremden Grundstücken, als da sind: Erbbaurecht, Dienstbarkeit Vorkaufsrecht, Reallast, Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld vorkommen kann. Ja, sie ist wie bei den Rechten an Grundstücken auch bei Rechten an Rechten denkbar. — Was die Dienstbarkeiten anbetrifft, so sind von ihnen die Grunddienstbarkeiten ihrer gesetzlichen Struktur nach hier auszunehmen, ebenso der Nießbrauch in dem Falle, wo die außerhalb des Grundbuchs eingetretene Rechtsänderung auf Erbfall beruht, weil ja dieses Recht begrifflich mit dem Tode des Berechtigten erlischt.

Dem Zwecke gegenwärtiger Ausführungen entsprechend, hat man sich auf die Rechte an Grundstücken und innerhalb des hiernach gegebenen Rahmens wiederum auf die durch das Reichsrecht geregelten Sachenrechte zu beschränken.

II. Der Erwerb von Rechten außerhalb des Grundbuchs war vor 1900 in Reuß ä. L. lediglich im Erbfalle unter den Eintragungszwang gestellt. — § 175 des vorm. Ges. vom 27. Febr. 1873, die

Digitized by Google

Grund- und Hypothekenbücher ꝛc. betr., vergl. § 58 der AusfV. dazu (S. 54 bezw. 135 des Jahrgangs 1873 der Gesetzs.), und zwar bezogen sich diese Bestimmungen allein auf das Eigentumsrecht; vergl. § 187 (S. 86) ib.

Außer dem Erbfall findet indes kraft Gesetzes (also auch außerhalb des Grundbuchs) auch in anderen Fällen ein Rechtsübergang statt; so z. B. bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, was im Hinblick auf die dem Ehemanne, dem sonst gesetzlich berufenen Vertreter des Gesamtguts, gerade in betreff des Grundbesitzes auferlegte Verfügungsbeschränkung für die hier erörterte Frage von besonderem Belang ist.

Ein neues Eigentumsrecht kann ferner durch obrigkeitlichen Spruch entstehen, so bei der Enteignung, bei der Zwangsversteigerung. Diese Fälle scheiden aber, abgesehen davon, daß in ersterer Hinsicht Landesrecht Platz greift, um deswillen hier aus, weil das Verlangen der Eintragung (die Grundbuchsberichtigung) von mit besonderer Zwangsgewalt gegen den Eigentümer ausgestatteten Behörden ausgeht.

Dagegen gehört wiederum hierher, d. h. es handelt sich um einen Berichtigungsfall, dessen Erzwingung zur Zeit der gesetzlichen Normierung entbehrt, der Fall des § 142 HGB., nämlich des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer nur aus zwei Personen bestehenden offenen Handelsgesellschaft zufolge gerichtlicher Entscheidung, sowie nach neuerer Reichsgerichtsentscheidung (JW. 07, 303) der Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus zweigliedriger offener Handelsgesellschaft überhaupt.

Immerhin wird der Erbfall der hauptsächlichste hier in Frage kommende Fall bleiben.

III. Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß vom Standpunkte des Grundbuchrichters aus betrachtet, die Divergenz zwischen Buchinhalt und wirklichem Rechtsverhältnisse als ein keineswegs wünschenswerter Zustand erscheint. Denn durch den Eintragungszwang wird die Legitimationsprüfung erleichtert, indem überall da, wo der Bewilligende (§ 19 GBO.) eingetragen steht, die Prüfung seiner wirklichen Berechtigung im allgemeinen nicht einzutreten hat § 892 BGB.).

Außer der somit durch die Berichtigung bedingten Vereinfachung der Buchführung dürfte es überhaupt der Einrichtung und dem Zwecke des Grundbuchs, das nach § 892 BGB. ja öffentlichen Glauben genießt und, um solches Vertrauen zu verdienen, die Bestimmung hat, die Rechte am Grund und Boden richtig und vollständig nachzuweisen, ganz anders entsprechen, wenn die Berichtigung behördlich erzwungen werden könnte.

Digitized by Google

Aber auch die Beteiligten haben ein erhebliches Interesse an der Grundbuchberichtigung.

Dem Berechtigten wird nämlich durch die Berichtigung Sicherheit dagegen gegeben, daß ein anderer unbefugterweise über das eingetragene Recht verfügt, wobei selbstverständlich die Briefhypothek wieder eine Ausnahme bildet, weil durch das Erfordernis der Vorlegung des Briefes ein ausreichender Schutz gewährt ist.

Von besonders praktischer Bedeutung erweist sich der Grundbuchberichtigungszwang weiter in der Hinsicht, daß durch ihn überall da, wo die Person des Erben noch nicht feststeht, den sonst unvermeidlichen, der Partei sehr oft recht empfindlichen Verzögerungen vorgebeugt wird,

IV. Sonach erscheint — wennschon man nicht verkennt, daß die Notwendigkeit zu einem Rechtssatze des Inhalts, daß der Berechtigte zur Herbeiführung seiner Eintragung zu zwingen sei, durch andere die Verwirklichung des Anspruchs auf Eintragung des Berechtigten erleichternde Bestimmungen des geltenden Rechts z. B. §§ 792, 896 ZPO., 85 des FG., 14 der GBO. in etwas verringert wird — die Wiedereinführung des Eintragungszwanges immerhin geboten.

V. Etwa auftauchende Bedenken in der Richtung, ob die Aenderung des kaum ins Leben gerufenen neuen Rechtszustandes jetzt nach kaum erst 9 Jahren nicht vielleicht als verfrüht zu bezeichnen sei, dürfte durch eine deshalb hier zu erwähnende, im diesseitigen Grundbuchamtsbezirke gemachte Wahrnehmung zu zerstreuen sein. — Danach hat merkwürdigerweise die Erhebung der durch § 65 des hierländischen GKG. geordneten Gebühr für den Uebergang von Grundbesitz auf Erben bei vielen die Wirkung gehabt, daß die Beteiligten annahmen, ihr im Erbwege vollzogener Eigentumswechsel sei im Grundbuche von Amts wegen verlautbart worden. Dies trat fast regelmäßig in allen den Fällen zutage, in denen sich die Eigentumseintragung aus § 40 GBO. vernotwendigte, ohne daß die Ausnahme des § 41 ib. vorlag.

VI. Auch mag nicht unerwähnt bleiben, daß der Eintritt des hier befürworteten Eintragungszwanges in Erbfällen noch an den Ablauf einer gewissen Frist, etwa eines Jahres oder mehrerer Jahre wie früher — siehe oben unter II. in § 175 des dort zit. Gesetzes — geknüpft werden möchte, um dem vorzubeugen, daß die Eintragung nicht etwa zu einer zwecklosen Formalität herabsinke.

VII. Stand es nun beim Inkrafttreten des neuen Rechtes, oder wie die Frage im Hinblick auf das Reichsrecht, insbesondere dessen Beziehungen zum Landesrecht beherrschende Kodifikationsprinzip

Digitized by Google

auch gestellt werden kann, steht es noch jetzt in der Macht der Landesgesetzgebung, den grundbücherlichen Umschreibungszwang aufrecht zu erhalten, beziehentlich wieder einzuführen?

Die Thüringischen Staaten nehmen eine verschiedene Stellung hierzu ein. Als Repräsentant derjenigen Gruppe, welche die Frage bejaht, soll Coburg-Gotha, als Repräsentant der den entgegengesetzten Standpunkt Teilenden Reuß ä. L. hier genannt werden, Staaten, die beide das Grundbuch beim Eintritt des neuen Reichsgrundbuchrechts bereits angelegt hatten.

Nach der im Jahre 1893 von der Norddeutschen Buchdruckerei und Verlagsanstalt zu Berlin herausgegebenen Zusammenstellung der Aeußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurf einer Grundbuchordnung beanstandete Reuß ä. L., daß die (im § 39 des den Einzelstaaten zur Aeußerung mitgeteilten Entwurfs, 40 der entsprechenden Paragraphen der Bundesratsvorlage und 41 der GBO.) zugunsten der Erben des eingetragenen Berechtigten bestimmte Ausnahme von der Vorschrift des § 38 (39) Abs. 1 bezw. 40 GBO. ohne zeitliche Beschränkung gelten solle. Im Interesse der Rechtssicherheit empfehle es sich, die Begünstigung auf ein Jahr seit dem Tode des Erblassers zu beschränken. Dadurch werde verhütet werden, daß das Grundbuch längere Zeit unbereinigt bleibe. Da nun aber Reuß ä. L. nachmals in den Ausführungsgesetzen zum neuen Recht das nach der Darlegung unter II. oben bei ihm geltend gewesene Recht nicht aufrecht erhalten hat, so ist dieser Staat hierbei offenbar von der Auffassung ausgegangen, daß der Landesgesetzgebung auf dem in Rede stehenden Gebiete vom Reiche Schranken gezogen seien.

Dagegen wurde von Coburg-Gotha die gegenteilige Rechtsanschauung zur Geltung gebracht. Ausweislich der gedruckten Verhandlungen des gemeinschaftlichen Landtags von Coburg und Gotha 1897—1900, S. 386, führte man am Regierungstische unwidersprochen aus, daß, nachdem bis dahin im Lande die Befreiung vom Buchungszwang Rechtens gewesen sei, in 1895 der diesen Zwang wiederherstellende § 51 der gothaischen Grundbuchordnung um deswillen in das Gesetz aufgenommen worden wäre, weil bei der Regelung der Entschädigungsfrage für zum Eisenbahn- und Straßenbau in Anspruch genommenes Areal sich der Mißstand herausgestellt habe, daß eine Reihe von Grundstücken in den Händen von nicht gebuchten Besitzern gewesen sei. Daraus habe sich dann die Notwendigkeit ergeben, noch nach Jahren das Grundbuch mit dem wirklichen Besitzstand in Uebereinstimmung zu bringen, was in den weitaus meisten Fällen nur mit

Digitized by Google

großen Schwierigkeiten und Kosten möglich gewesen sei. Für die gegenwärtige Aufrechterhaltung des Buchungszwanges spräche aber die Erwägung, daß die dargebotene Veranlassung zur Wiedereinführung des Zwanges auch weiter fortbestehe und um so wichtiger werde, je mehr derartige Massenregelungen vorkommen würden. Durch den Mangel der Uebereinstimmung von Buchinhalt und Wirklichkeit werde auch der öffentliche Glaube des vom Publizitätsprinzip beherrschten Grundbuchs in seinem wesentlichsten Punkte erschüttert. Endlich sei es für die am Grundstück dinglich Berechtigten von unleugbarem Werte, aus dem Grundbuche ersehen zu können, welche Person als Eigentümer ihnen hafte. Daneben komme eine gewisse Fürsorge für die Beteiligten selbst in Betracht. Ein jeder Erbfall führe doch früher oder später einmal zur Regelung des Immobiliarnachlasses. Durch die Hinausschiebung der Umschreibung ließen sich nun wohl einige Kosten in dem Falle sparen, wenn Miterben das Grundstück einem Dritten. und sei es einem an der Erbengemeinschaft Beteiligten, verkauften, Der Hauptfall, daß nämlich der Erbe das Grundstück selbst übernähme, fände aber zweckmäßig möglichst bald seinen Ausdruck im Grundbuche, im Interesse des Beteiligten selbst, weil eine Regelung erst nach Jahren mit außerordentlichen Mehrkosten, Bemühungen und Aergernissen verbunden sein werde. Dann seien die Betroffenen eher geneigt, der Institution als ihrer eigenen Nachlässigkeit die Schuld zuzuschreiben. In Preußen, wo allerdings das gegenteilige Recht gelte, träte das Bedürfnis nach Richtigerhaltung des Grundbuchs nicht in dem Maße hervor, weil durch die Katasterämter die Grundbesitzveränderungen genau kontrolliert würden, was die grundbücherliche Umschreibung dann wesentlich erleichtere.

Diese Ausführungen vermochten durch die von Gegnern der Regierungsvorlage geltend gemachten Einwendungen allgemeinerer Natur des Inhalts, daß jeder es selbst am besten wisse, zu welcher Zeit er sich ein Grundstück zuschreiben zu lassen habe, daß bei einem späteren Verkaufe an einen Dritten leicht doppelte Kosten entstehen könnten, daß sich aus den Akten der Nachlaßgerichte die Erben feststellen ließen, um so weniger entkräftet zu werden, als der diesbezüglich später zum Gesetze erhobene Entwurf im Hinblick auf den Verkauf ererbten Grundbesitzes dem Privatwillen vor der behördlichen Geltendmachung des Buchungszwanges einen Spielraum von drei Jahren ließ, und von anderer Seite darauf hingewiesen wurde, daß die Nachlaßregulierungen nach dem neuen Rechte im Prinzip nicht mehr von Amtswegen, sondern nur noch auf Antrag der Beteiligten statt zufinden hätten.

Digitized by Google

Ebensowenig wie in Coburg-Gotha, ist auch in Reuß ä. L. die Einrichtung des Katasteramtes daraufhin zugeschnitten, den Immobiliareigentumswechsel zu überwachen.

VIII. Da nun aber die Grundbuchordnung einen Vorbehalt des Inhalts, daß das Grundbuchamt ermächtigt werde, die Erbeseintragung von Amtswegen vorzunehmen, nicht kennt, so hat Coburg-Gotha, um mit dem Reichsrecht nicht in Kollision zu kommen, den folgenden Weg eingeschlagen. Nach § 39 der GBO. kann durch reichs- oder landesgesetzliche Vorschriften vielfach bestimmten Behörden die Befugnis beigelegt werden, das Grundbuchamt um eine Eintragung zu ersuchen. Das Ersuchen der Behörde ersetzt dann den Antrag (§ 13 GBO.), die Eintragungsbewilligung (§ 19) und die sonst etwa zur Eintragung erforderlichen Erklärungen Dritter (§ 29), so daß der Grundbuchrichter der Nachprüfung überhoben ist, ob das Ersuchen der Behörde durch die Vorgänge, die es veranlaßt haben, auch materiell begründet ist. So hat nach § 130 des ZVG. das Vollstreckungsgericht das Grundbuchamt um Eintragung des Erstehers als Eigentümer zu ersuchen. Gemäß § 54 des FG. kann bei gegebener Voraussetzung das Vormundschaftsgericht auf dem nämlichen Wege die Eintragung einer Sicherungshypothek am Grundstücke des Vormundes erreichen. Für die Landesgesetzgebung kommt hier namentlich das Gebiet des öffentlichen Rechts, auf das unter IX. unten ausführlicher zurückzukommen ist (siehe auch oben unter II. Abs. 3 hinsichtlich der Enteignung) in Betracht, desgleichen das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit, soweit nicht die letztere durch Reichsrecht geregelt ist. Nun hat aber gerade § 200 FGG. der Landesgesetzgebung u. a. die Aufgabe zugewiesen, diejenigen Bestimmungen zu treffen, welche zur Ergänzung der die freiwillige Gerichtsbarkeit betreffenden reichsgesetzlichen Vorschriften notwendig sind. Wird demzufolge die in dem FG. normierte Zuständigkeit des Nachlaßgerichts dahin erweitert, daß diese Behörde nach Feststellung der Erblegitimation das Grundbuchamt um die Eintragung der Erben ersucht, so wäre eine ausreichende Unterlage für die Umschreibung im Grundbuche geschaffen. Dabei ist das Nachlaßgericht das berufenste Organ, die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Eintragung der Erben festzustellen.

IX. In der Tat läßt sich trotz der Tendenz der gesamten neuen Gesetzgebung, das Recht tunlichst zu vereinheitlichen, die hier zur Geltung gebrachte Sonderbestrebung sehr wohl rechtfertigen. — Noch immer ist dem Staate da, wo er genötigt war, das Vermögen des Individuums in seinen Dienst zu ziehen, der Grundbesitz für die

Digitized by Google

Auferlegung öffentlicher Lasten das tauglichste, weil dauerndste Objekt erschienen. Unter solchen Grundlasten sollen hier nicht nur die direkten Staatsabgaben (z. B. Grundsteuern), sondern auch die Abgaben zu verstehen sein, welche an die Kommune oder an einen anderen an dem Staatszwecke mitarbeitenden Verband von dem Grundbesitz zu entrichten sind (in Reuß ä. L. ist zur Deckung des für die Kirche und die Schulen erforderlichen Aufwandes u. a. das im Kirchen- und Schulbezirk befindliche unbewegliche Eigentum heranzuziehen), sowie die Verpflichtungen anderer als rein vermögensrechtlicher Art, die für die Zwecke der Allgemeinheit dem Grundeigentümer als solchem auferlegt sind, z. B. die Enteignung zu dulden, sowie Eigentumsbeschränkungen bau-, feuer- oder gesundheitspolizeilicher Natur, ferner die Einquartierungslasten.

Die vielgestaltigen, hier nur angedeuteten Beziehungen des öffentlichen Rechtes erweitern den Kreis der Interessenten, denen die Grundbuchordnung das Recht der Einsicht in das Grundbuch gewährt. So hat die Oeffentlichkeit aber auch das größte Interesse daran, daß aus diesem bedeutendsten der öffentlichen Register wirklich das erhelle, was darin zu suchen der Interessent gewiesen ist.

Da Gotha den § 200 des FG. (s. o. VIII.) verwertet, so ist weiter nicht unerwähnt zu lassen, daß dies nicht minder um deswillen gerechtfertigt erscheint, weil anerkanntermaßen die Grundbuchsachen zu den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu zählen sind, wenn auch deren Behandlung nicht durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen ist und deshalb die allgemeinen Bestimmungen im ersten Abschnitt des FG. auf sie keine Anwendung leiden.

Gerade die Eintragung als solche für das öffentliche Recht verwendet zu sehen, berührt um so sympathischer, als dieselbe an und für sich, auch wenn Folge der Auflassung, als ein rein behördlicher, der Einwirkung der Privatpersonen entzogener Akt (im Gegensatze zur Uebergabe bei der Eigentumsvermittlung an beweglichen Sachen) in die Erscheinung tritt.

Dabei kann der Gedanke wohl kaum aufkommen, daß es sich hier, weil aus vorwiegend öffentlich-rechtlichen Gründen die Buchung verlangt wird, im Grunde um eine mißbräuchliche Verwendung des Grundbuchs handle, das ja lediglich für die privatrechtlichen Verhältnisse der Liegenschaften bestimmt sei, wie es etwa durchaus unzulässig wäre, da, wo die Rittergutsqualität eines geschlossenen Grundbesitztums noch einen öffentlich-rechtlichen Unterschied macht von den übrigen Immobilien derselben Flur, die Aus- bez. Einbezirkung in diesen

Digitized by Google

oder jenen Verband grundbücherlich zu verlautbaren. Denn die Buchung des Eigentumswechsels ist hier eben nur das gesetzlich normierte Mittel für die öffentlich-rechtlichen Zwecke und, wenn dabei indirekt das Vermögen des Einzelnen getroffen wird, so geschieht dies eben nur unter dem öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkte, daß das Vermögen des Individuums vom Staatszwecke in der Regel insoweit ergriffen zu werden pflegt, als die Staatsgewalt dasselbe sich dienstbar machen muß.

X. Ein Ueberblick über die vorliegenden Ausführungen nötigt noch zu dem Hinweise darauf, daß die Funktion des Nachlaßgerichts zu VIII oben in den Fällen zu II Abs. 2 und 4 auch anderen Staatsorganen, z. B. dem Registergerichte, selbstverständlich nur insoweit, als es sich lediglich um die Zuständigkeit zu dem Ersuchen von § 39 der GBO. handelt, übertragen werden könnte. Dem Nachlaßgerichte verbliebe dann noch immer die Beschaffung der Erblegitimation.

Das Ergebnis der Erörterungen läßt sich nun dahin zusammenfassen: öffentlich-rechtliche Gründe, für welche ein Vorbehalt zugunsten der Landesgesetzgebung nicht erforderlich ist, erheischen die Uebereinstimmung von Buchung und Wirklichkeit. Die Lösung führt über § 39 der GBO. zum Ziel, § 200 des FG. geht einem dabei zur Hand, zumal die Grundbuchsachen einen Teil der Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit bilden.

Zugleich würde durch die Einführung des Buchungszwanges das beim gegenwärtigen Stande des Reichsrechts hintangesetzte Interesse des Einzelnen an diesem Zwange mit Recht wieder zur Geltung gebracht werden.

XI. Dem vorstehenden Versuche, das Coburg-Gothaer Verfahren darzulegen und dessen Begründung zu erweitern, soll nun noch eine kritische Beleuchtung dieses Verfahrens angeschlossen werden.

Unanfechtbar ist der Ausgangspunkt sowie das Ziel, auf welches losgesteuert wird; jedoch dürfte im einzelnen mancherlei zu bemerken sein, das geeignet ist, Bedenken zu erregen.

Man stützt sich auf § 39 GBO. und § 200 FG. Diese beiden Gesetze sind indes auf dem Boden des Art. 4 Ziffer 13 der deutschen Reichsverfassung in Verbindung mit dem Reichsgesetz vom 20. Dezember 1873 erwachsen. Die Aufgabe der Grundbuchordnung erschöpft sich in der formellen Sicherung des materiellen *Privatrechts*, die des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Verhütung von möglichen Verletzungen des *bürgerlichen* Rechts, in diesem weiteren Sinne werden die Vorschriften beider Gesetze auch schlechthin zum bürgerlichen Rechte gerechnet.

Digitized by Google

Die von Coburg-Gotha geltend gemachte Begründung erhält allerdings einen Schein von Berechtigung, wenn man folgendes erwägt. Die Denkschrift zum Entwurf einer Grundbuchordnung bemerkt nämlich zu dem dem § 39 GBO. wörtlich gleichlautenden § 37:

> Durch reichs- oder landesgesetzliche Vorschriften wird vielfach bestimmten Behörden die Befugnis beigelegt, das Grundbuchamt um eine Eintragung zu ersuchen. Für die Landesgesetzgebung kommt hier namentlich das Gebiet des öffentlichen Rechts in Betracht.

Unter öffentlichem Rechte ist hier nun aber ein ganz besonders geartetes, nämlich lediglich das in die Privatrechtssphäre eingreifende öffentliche Recht, wie z. B. das Enteignungsrecht verstanden. Das geht aus den Motiven der Grundbuchordnung zu § 50 des denselben zugrunde liegenden Entwurfs hervor, wonach ein solches Ersuchen auf Landesrecht lediglich dann fußen darf, wenn letzteres durch einen Vorbehalt im Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch aufrecht erhalten ist.

Daß die Denkschrift (s. o.) diesbezüglich nicht etwa weitergehen wollte, ergibt sich aus dem oben dargelegten Zweck der Grundbuchordnung. — Eine jede Gesetzesbestimmung ist eben aus dem Rechtssysteme heraus zu erklären, dem sie angehört.

Deshalb kann § 39 GBO. ebensowenig wie § 200 FG. wegen des oben gleichfalls dargelegten unmittelbaren Zusammenhanges des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit mit dem Privatrechte behufs Rechtfertigung der vom Boden des reinen öffentlichen Rechts aus seinen Ausgang nehmenden landesgesetzlichen Befugnis zur Erzwingung der Eintragung der Eigentümer eines Nachlaßgrundstücks herangezogen werden. Denn § 200 macht ja lediglich dem für die „Ausführung und Ergänzung" des nur bemerkten Reichsgesetzes bestimmten Landesrechte die Bahn frei.

Ausschließlich zur Erleichterung bezw. Ermöglichung des Staatsverwaltungszweckes wird die Eintragung erfordert, also aus verwaltungsrechtlichen Gründen, von einem Gebiete aus, das jeglicher vermögensrechtlicher Beziehung bar erscheint, was um deswillen hervorzuheben ist, weil solche Beziehungen in der Regel wieder vom bürgerlichen Rechte beherrscht zu werden pflegen, sonach von einem Gebiete aus, auf welchem das Landesgesetz das Recht der freien Selbstbestimmung hat, da wohl andere öffentlich-rechtliche Gegenstände (s. RV. Art. 4 und die zugehörigen späteren Gesetze), nicht aber die zur Regierung in den Einzelstaaten erforderlichen Verwaltungseinrichtungen der Reichsgesetzgebung überwiesen worden sind.

Digitized by Google

Keinerlei Vorbehaltes auf dem mehrbemerkten privatrechtlichen Gebiete bedarf es daher zur Erreichung des erstrebten Staatszweckes.

Kein Paragraph der Grundbuchordnung vermag eben um der Begrenzung willen, welche dieses Gesetz sich selbst gesteckt hat, dem eingeschlagenen Verfahren Halt zu gebieten, namentlich nicht § 22 GBO., insofern dieser für den Regelfall keine Eintragung des Eigentümers ohne dessen ausdrückliche Zustimmung zulassen will, weil diese Vorschrift nach der Denkschrift ja lediglich der Bedeutung des Eigentums für das öffentliche Recht Rechnung trägt, wodurch nur in erhöhtem Maße der ausschließlich dem Privatrecht dienende Charakter dieser Verfahrensvorschrift hervorgehoben wird. § 22 GBO. behält trotzdem noch immer seine praktische Bedeutung — einmal für diejenigen Bundesstaaten, welche den Grundbuchzwang nicht einführen, sodann für den Fall, daß die Gesamterbeneintragung lediglich von seiten eines Miterben verlangt wird, endlich für den Fall, daß der buchmäßig Berechtigte durch den zufolge Güterrechtsvereinbarung entstandenen wirklichen Eigentümer oder bei nachträglicher Feststellung der Nichtigkeit der der Eintragung zugrunde liegenden Auflassung durch den wirklichen Eigentümer ersetzt werden soll.

XII. Innerhalb des hier in Betracht stehenden, vom Privatrechte völlig abgetrennten Bereiches des öffentlichen Rechtes wäre es nun an und für sich nicht ausgeschlossen, daß der Staat eine von dem Privatrechte unabhängige Buchung des Eigentümers vornähme, so etwa wie die Zwangsvollstreckung im Verwaltungswege betreffs der Mobiliarexekution sich eigener Vollstreckungsbeamter bedient. Indes gerade wie das Verwaltungszwangsverfahren betreffs der Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen die Tätigkeit des Vollstreckungsgerichts in Anspruch nimmt und hier § 4 (vgl. § 2) E. GVG. mit seiner Trennung der Verwaltung von der Rechtspflege nicht hindernd in den Weg tritt, weil die Vollstreckungsgerichte dabei immer noch in Ausübung ihrer Gerichtsbarkeit mit dem freien Prüfungsrechte und mit ihren sachlichen und örtlichen Zuständigkeitsverhältnissen bleiben, so kann der Staat selbst da, wo bei mit Einzelrichtern besetzten Gerichten die Behandlung der streitigen und nichtstreitigen Rechtssachen in einer Hand liegt, denselben Weg für seine anderweiten Verwaltungszwecke einschlagen und erst recht die Behörden der reinen freiwilligen Gerichtsbarkeit, wie das Grundbuchamt oder das Nachlaßgericht, seinen Zwecken dienstbar machen, weil jene Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes sich auf diese überhaupt nicht beziehen und weder die Grundbuchordnung noch die allgemeinen Bestimmungen des Reichsgesetzes

Digitized by Google

über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit diesbezügliche Normen enthalten. Schließlich bieten auch die in den Landesverfassungen zu findenden, einschlagenden Vorschriften (s. für Reuß ä. L. § 37 der Vf. vom 28. März 1867) keinerlei Hindernis; denn es wäre nicht einzusehen, wie durch das Verfahren, dem hier das Wort geredet wird, die Gerichte in Abhängigkeit von der Verwaltung geraten sollten.

Gerade vorstehende Vergleichung mit dem Verwaltungszwangsverfahren, die nicht minder deshalb von Belang ist, weil für die Anwendung der Zivilprozeßordnung auf dasselbe in dem letzteren Gesetze bez. dessen zugehörigem Einführungsgesetze man vergeblich nach einem Vorbehalte suchen wird — denn die Zivilprozeßordnung ist eben auch lediglich wegen des Privatrechts, nämlich zwecks zwangsweiser Verwirklichung des verletzten bürgerlichen Rechts da —, gibt aber zugleich die juristische Methode an die Hand, durch welche zum Ziele, zur Grundbuchzwangseintragung, zu gelangen ist, nämlich auf dem Wege, daß die Bestimmungen der Grundbuchordnung, insbesondere § 39 zur Erreichung des öffentlich-rechtlichen Zweckes für anwendbar erklärt werden.

Da nun aber die Eintragung nicht ohne vorausgegangene zuverlässige Erbenfeststellung denkbar ist, so wird wiederum entsprechend bestimmt, daß das vom Nachlaßgericht zu dieser Feststellung gesetzlich gehandhabte Verfahren Anwendung finde, und da die Landesgesetzgebung hier unbeschränkt in Aktion tritt, so kann sie das Verfahren für ihre Zwecke auch umgestalten, so insbesondere das auf dem Antragsprinzipe beruhende Verfahren auf Erbscheinserteilung dahin abändern, daß die Erbenfeststellung von Amts wegen zu erfolgen habe. Sollte hieran aber Anstoß genommen werden, so brauchte man nur eine Verwaltungsbehörde mit der öffentlich-rechtlichen Befugnis auszustatten, das Erbscheinsverfahren im Wege des Ersuchens in die Wege zu leiten. (Vergl. für das privatrechtliche Vorbehaltsgebiet Plancks Kommentar zum BGB. 1. u. 2. Aufl. zu § 2353 unter Ziffer 3 b γ.)

Die durch das ganze Verfahren dem Einzelnen angesonnene Belastung hat seine rechtliche Grundlage in dem zu diesem Zweck geschaffenen Gesetz (§ 34 der Verfassung von Reuß ä. L.).

Sollte etwa eingewandt werden, mit der Erbenfeststellung als solcher würde da ja schon dem öffentlich-rechtlichen Bedürfnis Genüge geschehen, so daß sich die hier erstrebte Grundbuchseintragung eigentlich verüberflüssigte, weil mit jener Feststellung zugleich auch die Eigentümer des Nachlaßgrundstücks gegeben seien, so wäre dem entgegen-

Digitized by Google

zuhalten: Aufgabe des Nachlaßgerichtes ist es nicht, die Identität des Erblassers mit dem buchmäßig Berechtigten zu erweisen, dies gehört vielmehr zur Zuständigkeit der Grundbuchbehörde, und zwar in das Kapitel der Legitimationsprüfung; denn nur, wenn der in dem beigebrachten Erbscheine stehende Erblasser Eigentümer des betreffenden Grundstücks gewesen ist, sind die Erben zur Berichtigung des Grundbuchs auf ihren Namen legitimiert. Es wäre also lediglich eine halbe Maßregel, wollte man nicht auf dem an gebahnten Wege zur grundbücherlichen Zwangseintragung gelangen.

Es ist somit das Endergebnis:

Zwar bietet weder die Grundbuchordnung noch das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit eine direkte Handhabe zur Einführung des Grundbuchzwangs für das öffentliche Recht, weil sie selbst nur Glieder im Ringe des bürgerlichen Rechts bilden, auf dem Wege aber, daß jene Gesetze aus landesgesetzlicher Machtvollkommenheit für anwendbar erklärt werden, wird das Wünschenswerte erreicht. — Davon, daß auf diese Weise gewissermaßen durch eine Hintertür dem Landesrechte eingeräumt werde, was ihm das Reichsrecht versage, kann hierbei nach den vorstehenden Ausführungen — namentlich hingesehen auf die Bedeutung des Grundbuchszwangs für die öffentlichen Interessen und damit für die Allgemeinheit — keinerlei Rede sein.

Können die Erben des Grundstückseigentümers durch landesrechtliche Vorschrift auch gegen ihren Willen als neue Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden?

Zur Frage der Gültigkeit des Art 23 cob.-goth. Gesetzes vom 23. Oktober 1899.

Von Amtsrichter Busch, Gotha.

Reichsrechtlich erfolgt im Erbfalle eine zwangsweise Eintragung der Erben eines Grundstückseigentümers an Stelle des Erblassers gemäß § 14 GBO. nur auf Grund vollstreckbaren Schuldtitels, sofern dieser die Verpflichtung der Erben zur Herbeiführung einer Grundbuchseintragung feststellt und die Zulässigkeit dieser Eintragung von der vorgängigen Eintragung der Erben als neuen Grundstückseigentümer abhängt. Nach coburg-gothaischem Landesrecht ist eine Eintragung der Erben eines Grundstückseigentümers im Grundbuch an Stelle des

Digitized by Google

Erblassers auch ohne diese Voraussetzung schlechthin wider ihren Willen statthaft. Ein solcher Eintragungszwang wurde bereits durch die Novelle zur früheren Grundbuchordnung vom 22. Juni 1895 ausgesprochen. Nach Art. 4 derselben, der den § 51 der alten Grundbuchordnung vom 1. März anderweit normierte, hatte der Grundbuchrichter in allen Fällen, in denen der Erwerb des Eigentums an Grundstücken ohne Auflassung erfolgt, den Grundstückseigentümer aufzufordern, den Antrag auf Eintragung seines Eigentums binnen einer bestimmten Frist bei Vermeidung einer Geldstrafe von 150 Mark zu stellen. Ihre hauptsächlichste Bedeutung hatte diese Vorschrift in Erbfällen. Bei Einführung der Reichsgrundbuchordnung mußte sie mangels eines entsprechenden reichsrechtlichen Vorbehalts ihre Gültigkeit verlieren, da der Antrag nach der Reichsgrundbuchordnung eine die Tätigkeit des Grundbuchamts bedingende Verfahrenshandlung ist, welche ihre Grundlage lediglich in dem Parteiwillen findet. Da aber die gesetzgebenden Faktoren des Landes glaubten das Prinzip der Evidenthaltung des Besitzstandes an Grundstücken bei Erbfällen im allgemeinen öffentlichen Interesse nicht aufgeben zu können, so schlug man einen anderen Weg ein, auf dem die Beibehaltung des alten Rechtszustandes möglich erschien. Man stattete das Nachlaßgericht mit der Befugnis aus, die Ueberschreibung des Nachlaßgrundbesitzes auf die Erben herbeizuführen und verlieh ihm Zwangsgewalt gegen die Erben zwecks Feststellung der Legitimation derselben. Die reichsrechtliche Grundlage bot § 35 GBO., nach welchem das behördliche Ersuchen eine dem privaten Antrag gleichwertige Unterlage für das Verfahren des Grundbuchamtes bildet. Die Bestimmung des Art. 23 des coburg-gothaischen Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 23. Oktober 1899, nach welchem das Amtsgericht den Erben anzuhalten hat, die für die Erteilung des Erbscheins bezüglich der Nachlaßgrundstücke erforderlichen Angaben zu machen und die vorgeschriebenen Nachweise zu liefern und unter Uebersendung des Erbscheins das Grundbuchamt um die Eintragung des Erben an dessen Stelle zu ersuchen hat, glaubte man rechtfertigen zu können einmal durch das dem öffentlichen Recht angehörende Interesse an der Offenhaltung des Besitzstandes der Grundstücke und sodann durch Berufung auf § 200 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 20. Mai 1898, der auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Landesgesetzgebung Raum läßt, soweit ihr nicht durch das Reichsgesetz Grenzen gezogen sind.

Es mag dahingestellt bleiben, ob aus den eben angeführten

Digitized by Google

Gründen der Landesgesetzgebung die Machtbefugnis zugestanden werden kann, in Erbfällen durch ein Offizialverfahren die grundbuchmäßige Feststellung der Rechtsverhältnisse an Grundstücken herbeizuführen. Jedenfalls muß der eingeschlagene Weg versagen, wenn das auf ihm erstrebte Ziel ein Hindernis in einer reichsrechtlichen Vorschrift findet, welche eine Eintragung des Erben als Grundstückseigentümers an Stelle des Erblassers im Grundbuch nur mit seinem Willen zuläßt. Und eine solche Vorschrift ist tatsächlich vorhanden. Nach § 22 Abs. 2 der Reichsgrundbuchordnung kann die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers, sofern nicht der Fall des § 14 vorliegt, nur mit Zustimmung des Eigentümers erfolgen. Zur Begründung dieser Vorschrift hebt die Denkschrift zur Grundbuchordnung hervor, daß das Eigentum, abgesehen von der ihm innewohnenden Bedeutung, nicht bloß Rechte gewährt, sondern auch Verpflichtungen öffentlich-rechtlicher Natur, insbesondere in polizeilicher und steuerlicher Hinsicht auferlegt, und daß dieser Gesichtspunkt, ebenso wie bei der rechtsgeschäftlichen Uebertragung, auch bei der zur Berichtigung des Grundbuchs erfolgenden Umschreibung des Eigentums zutrifft. Ist diese Begründung auch für die Eintragung des Erben nicht ohne weiteres überzeugend, da dieser durch Annahme der Erbschaft das Eigentum an dem Grundstücke in einer Weise erlangt hat, die jeden weiteren Willensakt überflüssig macht, so zeigt sie doch deutlich, daß das Reichsrecht in allen Fällen der Eintragung eines neuen Eigentümers dessen Zustimmung zu einem Erfordernis der Eintragung überhaupt macht. Diese Zustimmung ist ein Akt des formellen Grundbuchrechts, ihr Fehlen vermag deshalb die Ungültigkeit der trotzdem erfolgten Eintragung nicht herbeizuführen. Immerhin aber ist sie eine Eintragsvoraussetzung, die der Richter bei Meidung eigener Verantwortlichkeit beachten muß. Als besondere neben dem Antrag nach § 13 GBO. erforderliche Erklärung bedarf sie der in § 29 GBO. vorgeschriebenen Form. Sie kann durch Stellung des Antrags auf Eintragung ausgesprochen werden, führt aber dann gemäß § 30 GBO. die Formbedürftigkeit des Antrags herbei.

Mit obigen Ausführungen stimmt auch überein die Entscheidung des Kammergerichts vom 29. September 1902, enthalten in der Zusammenstellung des Reichsjustizamts Bd. 3 Heft 4 (199), welche in der Eintragung des Erben an Stelle des Erblassers als Eigentümer eines Grundstücks eine Berichtigung des Grundbuchs erblickt und demgemäß die Zustimmung des Erben (bei einer Mehrheit von Erben aller) zur Eintragung in der Form des § 29 GBO. erfordert. Es

Digitized by Google

dürfte auch keinesfalls zu bezweifeln sein, daß die Eintragung des Erben als Grundstückseigentümers anstatt des Erblassers eine Berichtigung des Grundbuchs in sich schließt, da die Berichtigung nach § 22 GBO. eine jede Unrichtigkeit des Grundbuchs umfaßt, also alle Fälle, in denen das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage nicht übereinstimmt. Denn es ist eben der Zweck der Berichtigung, das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage weiter in Einklang zu bringen. Ist dies ohne Mitwirkung des zu Unrecht Eingetragenen nicht möglich, so ist gegen denselben der Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB. gegeben. Fehlt ein Berichtigungspflichtiger, wie besonders in dem Falle, daß das Grundbuch durch den Tod des Berechtigten unrichtig geworden ist, so hat gerade der § 22 GBO., der die Berichtigung des Buchs auf bloßen Nachweis der Unrichtigkeit verstattet, seine ausgesprochene Bedeutung.

Ist aber nach Reichsrecht eine Eintragung des Erben an Stelle des Erblassers als Grundstückseigentümers ohne seine Zustimmung nicht möglich, so kann auch die Landesgesetzgebung nicht sich das Ziel stecken, diese Eintragung des Erben wider dessen Willen herbeizuführen. Allerdings vermag das behördliche Ersuchen nach § 39 GBO. Bewilligung und Antrag der Beteiligten, die sonst nach formellem Grundbuchrecht zur Herbeiführung einer Eintragung erforderlich sind, zu ersetzen. Auch ist dem Grundbuchrichter nicht die Prüfung zugestanden, ob nach den gesetzlichen Bestimmungen die von der Behörde verlangte Eintragung begründet ist und ob das Verfahren, auf welchem das Ersuchen beruht, ordnungsmäßig ist (Fuchs Bd. 2 Grundbuchrecht Note 5c unter aa zu § 39 GBO.). Doch verbleibt dem Grundbuchrichter die Feststellung, ob die Behörde zum Ersuchen um Eintragungen der gerade in Frage kommenden Art berechtigt ist. Diese Zuständigkeit muß aber dem Nachlaßgericht, wenn es um Eintragung der Erben aus eigener Machtvollkommenheit ersucht, versagt werden, und der Grundbuchrichter hat dem Nachlaßgericht gegenüber die sich für ihn aus § 22 Abs. 2 GBO. ergebenden Rechtsfolgerungen zu ziehen.

Digitized by Google

Entscheidungen.

Aus der Rechtsprechung der Thüringischen Gerichte.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts Jena.

Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.

I. Reichsrecht.

1. Bürgerliches Recht und Verfahren.

1. Klage auf Unterlassung objektiv wahrheitswidriger Behauptungen, die Kredit, Erwerb oder Fortkommen des Klägers gefährden.

Der Kläger, ein Baugewerksmeister, hatte eine große Villa gebaut, von der der Beklagte das unwahre Gerücht verbreitete, die Bauausführung sei so mangelhaft gewesen, daß schon ein Jahr nach der Vollendung der Putz von der Decke abgebröckelt und das ganze Haus mit Schwamm durchsetzt sei. Der Kläger klagte auf Unterlassung solcher Aeußerungen. Das Landgericht wies die Klage ab, das Oberlandesgericht gab ihr dagegen statt. Aus den Gründen:

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Aeußerungen, wie die Berufungsbegründung geltend macht, Beleidigungen des Klägers darstellen. Sicher erscheinen sie geeignet, Nachteile für den Erwerb des Klägers herbeizuführen, und zwar nicht nur bei abstrakter Betrachtung, sondern gerade auch unter den vorliegenden Umständen. Es handelte sich um einen größeren Bau für einen, wie gerichtsbekannt ist, besonders angesehenen Auftraggeber. Wenn der Kläger einen solchen Auftrag so schlecht ausführte, wie behauptet wurde, so müßte sich jedermann bedenken, ihm Bauarbeiten von Belang zu übertragen.

Eine Klage auf Unterlassung geben ausdrücklich nur einige wenige Vorschriften des geltenden Rechts, insbesondere die in §§ 1, 6, 8 UnlWG. und in §§ 12, 862, 1004 BGB. Daß auch in den ausschließlichen Rechten, wie sie namentlich die Gesetze zum Schutze des sogenannten geistigen Eigentums anerkannt haben, die Befugnis zur Erhebung einer Klage auf Unterlassung enthalten ist, entspricht der gemeinen Meinung. Ob und unter welchen Voraussetzungen darüber hinaus eine solche Klage erhoben werden kann, ist bestritten. Doch hat sich die Anerkennung der Unterlassungsklage im Falle unerlaubten Verhaltens bei Besorgnis seiner Wiederholung trotz der dagegen er-

Digitized by Google

hobenen theoretischen Bedenken (vergl. u. a. Oertmann, DJZ. 1904, 616; Lehmann, Unterlassungspflicht S. 122 ff.; Stephan, Unterlassungsklage S. 140 ff.) in der Praxis der Gerichte wohl allgemein durchgesetzt, wobei allerdings die Begründung nicht immer die gleiche ist (vergl. RG. 48, 118, die im „Recht" 1903, 79; 1904, 447; 1906, 1195 mitgeteilten oberlandesgerichtlichen Entscheidungen, ThürBl. 55, 57).

Hierbei ist es aber nicht geblieben. Auch ohne daß die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs, insbesondere ein Schaden auf Seiten des Betroffenen und ein Verschulden auf Seiten des Täters vorliegen, wird die Unterlassungsklage zugestanden bei auch nur objektiv widerrechtlichen Angriffen auf die durch die § 823 ff BGB. geschützten Rechtsgüter, sofern nur weitere Angriffe zu besorgen sind (vergl. RG. 60, 6; 61, 366; JW. 1907 S. 48 und 505; 1908, 133; OLGRspr. 2, 482; 5, 239; Recht 1906 S. 802 und 1260; 1907, 378). Darunter werden insbesondere auch Kundgebungen in Wort und Schrift verstanden, die den Kredit oder den Erwerb eines anderen zu beeinträchtigen geeignet sind. Sie werden je nachdem unter den Gesichtspunkt eines Eingriffs in den Gewerbebetrieb, der als besonderes Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. angesehen wird, bald unter den Gesichtspunkt eines solchen in das durch § 824 BGB. geschützte Rechtsgut des Kredits, Erwerbs und Fortkommens gestellt (vergl. einerseits JW. 1907, 505 und 1908, 133 ff., andrerseits RG. 60, 6). In beiden Fällen bildet aber die bezeichnete Gesetzesstelle lediglich einen Beweisgrund für die gesetzliche Anerkennung des betreffenden Lebensguts als Recht oder Rechtsgut, während als die eigentliche Grundlage für die Gewährung der Unterlassungsklage die Analogie aus den §§ 12, 862, 1004 BGB. bezeichnet wird (actio quasi negatoria).

Der Senat stellt sich auf den Boden dieser Rechtsprechung und schließt sich insbesondere den Erwägungen an, die in der reichsgerichtlichen Entscheidung 60, 6 ff. angestellt sind.

Daß die analoge Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB. auf Fälle der vorliegenden Art einem praktischen Bedürfnis entspricht, lehrt die tägliche Erfahrung und wird auch von ihren Gegnern nicht verkannt. Der Schutz, den der § 824 BGB. gewährt, ist unzureichend. Es ist eine widersinnige Zumutung, daß der, dessen geschäftlicher Ruf durch unwahre Ausstreuungen gefährdet wird, abwarten soll, bis ihm dadurch nachweislich ein Schaden entstanden ist, um dann mit einer Ersatzklage gegen einen vielleicht zahlungsunfähigen und unpfändbaren Gegner vorzugehen. Für das Schutzbedürfnis ist es auch völlig

Digitized by Google

gleichgültig, ob dieser Gegner schuldvoll oder schuldlos handelt, und mit Recht weist das Reichsgericht darauf hin, daß es billig erscheinen mag, den schuldlos Handelnden mit der Schadensersatzverpflichtung zu verschonen, nicht aber, auch die Möglichkeit eines richterlichen Verbots weiterer Ausstreuungen abzuschneiden. Die Gefährlichkeit solcher Ausstreuungen für den im Erwerbsleben stehenden und um seine wirtschaftliche Existenz ringenden Menschen ist so groß, daß ihm ein Mittel gegeben sein muß, ihre Grundlosigkeit in einer Weise feststellen zu lassen, wie sie nur das Prozeßverfahren gewährleistet. Das Korrektiv gegen Uebertreibungen beim Gebrauch des Mittels liegt in dem Erfordernis, daß „weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind".

Die Bedenken gegen die Analogie aus den §§ 12, 862, 1004 BGB. bei Gewährung der Unterlassungsklage gegen die in § 824 BGB. bezeichneten Kundgebungen treffen den Fall bloß objektiver Widerrechtlichkeit nicht stärker als den schuldhaften Handelns. Sie laufen im Wesentlichen darauf hinaus, daß zwar eine analoge Anwendung der Vorschriften auf andere absolute Rechte als diejenigen, für die sie unmittelbar gegeben sind, nicht beanstandet wird, daß aber das in § 824 BGB. geschützte Lebensgut ein solches absolutes Recht und überhaupt ein Recht nicht sei.

Indessen bedarf es schwerlich einer Stellungnahme zu der letzteren Frage, denn es ist nicht abzusehen, warum die Analogie bei den absoluten Rechten, überhaupt bei den Rechten im Sinne der privatrechtlichen Theorie Halt machen müßte. Daß die Unterlassungsklage z. B. im Falle des § 1004 BGB. gerade um der Eigenschaft des Eigentums als eines absoluten Rechts oder überhaupt eines Rechts gegeben sei, darf bezweifelt werden. Sie steht nicht gegen jeden zu, gegen den das absolute Recht des Eigentums wirkt, sondern nur gegen den, der in die Interessensphäre des Eigentümers eingreift. Der Eingriff ist es, der nach dem positiven Rechte, wie auch die Rechtslehre den Vorgang erklären möge, das Recht zur Klagerhebung erzeugt. Damit aber ist die Rechtsähnlichkeit des Falles des § 1004 BGB. mit den hier in Rede stehenden Fällen gegeben. Denn daß die durch § 824 BGB. geschützten Interessen immerhin aus dem Bereich des rechtlich Indifferenten herausgehoben und mindestens ähnlich wie das Eigentum und andere Rechte zum Gegenstand privatrechtlicher Fürsorge gemacht sind, ist unbestreitbar. Ob man sie daher als Rechte oder nur als rechtlich geschützte Interessen, als Rechtsgüter zu bezeichnen hat, ist wenigstens für die vorliegende Frage von nur theoretischer Bedeutung. Vergl. auch Enneccerus, Bürgerl. Recht (3) 1, 1172.

Digitized by Google

Danach ist der Klaganspruch als Abwehr gegen die wahrheitswidrigen, den Erwerb des Klägers gefährdenden Behauptungen des Beklagten zuzulassen, auch wenn der Beklagte gutgläubig gewesen und ihm auch nicht vorzuwerfen ist, daß er die Unwahrheit des von ihm Behaupteten hätte kennen müssen. Die Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen ergibt sich daraus, daß der Beklagte trotz der ihm durch Z. gewordenen Mitteilung bei seinen Behauptungen blieb und sich an die wirklich gehörte oder eingebildete H.sche Aeußerung, wie sein Vorhalt diesem gegenüber erkennen läßt, förmlich klammerte.

Urteil des 3. Zivilsenats vom 4. Januar 1909, 3 U 93/08 (nach Gotha).

2. Dem Konkurseröffnungsbeschluß kommt absolute Rechtskraft zu. Auch Dritte, die nicht zu seiner Anfechtung im Beschwerdewege berechtigt waren, müssen ihn trotz Mangels der Konkursvoraussetzungen gegen sich gelten lassen. Anwendung des § 29 BGB. auf Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Befugnis des Registergerichts zur Bestellung eines Vorstandes in dringenden Fällen. Zulässigkeit der Konkurseröffnung bei Vorhandensein nur **eines** Gläubigers. Die Vorlegung der Vermögensübersicht bildet kein formelles Erfordernis der Konkurseröffnnng. Der Konkursrichter braucht den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nicht nachzuprüfen. Nach Auflösung einer eingetragenen Genossenschaft m. b. H. bedarf es zur Eröffnung des Konkurses nicht des Nachweises einer den vierten Teil aller Haftsummen übersteigenden Ueberschuldung. Rechtswirksamkeit des Beschlusses über die Auflösung der Genossenschaft trotz Nichteintragung in das Genossenschaftsregister. Unzulässigkeit der Konkurseröffnung nach Verteilung des Vermögens der Genossenschaft. Die Verteilung ist nicht beendigt, wenn Ersatzansprüche der Genossenschaft bestehen und für die Einziehung von Nachschüssen noch Raum ist. Bedeutung der Genehmigung des Gläubigerausschusses nach § 133 Ziffer 2 KO. Können die auf rückständige Beiträge verklagten Genossen aus dem Mangel der Genehmigung eine

Digitized by Google

Einwendung gegen die Prozeßführung des Konkursverwalters herleiten? Nach Auflösung der Genossenschaft durch den Konkurs beschränkt sich die Zahlungspflicht der Genossen auf **rückständige** Einlagen. Verhältnis des Geschäftsanteils zur Haftsumme. Rückständige Einzahlungen auf den Geschäftsanteil (Einlagen) kann der Konkursverwalter im ordentlichen Rechtsweg einfordern. Die Beiziehung von Nachschüssen erfolgt ausschließlich im Umlageverfahren nach § 105 ff. GenG.

Der Kläger, Verwalter im Konkurse über das Vermögen des Konsumvereins E., e. G. m. b. H., forderte von den Beklagten als Mitgliedern des Konsumvereins Zahlung der auf den statutarischen Geschäftsanteil von 50 M. noch nicht entrichteten Beträge. Die Beklagten bestreiten die Klagbefugnis des Konkursverwalters, da es an den gesetzlichen Voraussetzungen für die Konkurseröffnung gefehlt habe. Weiter machen sie geltend, daß infolge der Auflösung der Genossenschaft durch die Konkurseröffnung höchstens die Beiziehung rückständiger Einlagen zulässig sei. Das Landgericht verwarf durch sein am 31. März 1908 verkündetes Urteil die Einwendungen und verurteilte die Beklagten nach dem Klagantrage. Das Berufungsgericht änderte ab mit folgender — zugleich den weiteren Sachverhalt klarstellenden — Begründung:

Die Beklagten wenden sich zunächst gegen die Zulässigkeit der Konkurseröffnung. Jedoch zu Unrecht. Dem Konkurseröffnungsbeschlusse kommt formelle und materielle Rechtskraft zu. Etwaige Mängel in den Konkursvoraussetzungen werden mit der rechtskräftigen Eröffnung des Konkurses geheilt. Eine Einstellung des Verfahrens wegen fehlender Konkursvoraussetzungen ist der KO. fremd (siehe nur §§ 202, 204 KO.) Freilich stand es den Beklagten nicht zu, die Eröffnung des Konkurses im Wege der Beschwerde anzufechten (§ 109 KO.). Dieser Umstand vermag aber nicht zu rechtfertigen, daß sie jetzt die Existenzbedingungen des Konkurses in Zweifel ziehen. Der Ausschluß jeder Nachprüfung nach Erschöpfung des Instanzenzuges oder unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist ist ein unabweisliches Postulat der Rechtssicherheit. Das Konkursverfahren als Generalexekution trifft einen im voraus nicht zu begrenzenden Kreis von Personen und Rechtsverhältnissen. Dementsprechend kann sich die Wirkung der Rechtskraft des Konkurseröffnungsbeschlusses nicht auf die unmittelbar Beteiligten beschränken, sondern muß eine absolute sein (Oetker, Konkursrecht, Grundbegriffe, 1, 83 ff.).

Digitized by Google

Aber auch im einzelnen entbehren die Einwendungen der Begründung. So war es zulässig, daß das Registergericht dem Konsumverein, der keinen Vorstand hatte und erwählte, einen solchen nach § 29 BGB. bestellte. Nach Art. 2 HGB. kommen in Handelssachen die Vorschriften des BGB. nur insoweit zur Anwendung, als nicht im BGB. oder in dessen Einführungsgesetz ein anderes bestimmt ist Gemäß § 17 Abs. 2 GenG. aber gilt die Genossenschaft als Kaufmann im Sinne des HGB. und damit ihr Betrieb als Handelsgewerbebetrieb (§ 1 HGB.), soweit nicht das Genossenschaftsgesetz abweichende Vorschriften enthält. Hieraus ergibt sich mit rechtlicher Notwendigkeit, daß das BGB. subsidiäre Rechtsquelle für die Genossenschaft ist und diese daher in Ermangelung spezieller Normen den allgemeinen Vorschriften der §§ 25—53 BGB. unterliegt. Der enge Zusammenhang zwischen GenG. und HGB. findet auch äußerlich darin einen Ausdruck, daß Art. 10 EG. z. HGB. eine Novelle zum GenG. enthält. Abgesehen davon sind die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Vereine nicht nur auf die im HGB. speziell geregelten Vereine zugeschnitten. § 22 BGB. umfaßt auch die nach Maßgabe besonderer Reichsgesetze rechtsfähigen wirtschaftlichen Vereine mit und läßt daher für die ergänzende Anwendung der allgemeinen vereinsrechtlichen Normen des BGB. auch auf sie Raum. Dem entspricht auch die im Art. 163 EG. z. BGB. getroffene Regelung, wonach für zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehende juristische Personen von dieser Zeit an die Vorschriften der §§ 25—53 BGB. gelten. Daß schließlich praktische Erwägungen für die Anwendung des § 29 BGB. sprechen, beweist der vorliegende Sachverhalt zur Genüge. Aus diesen Gründen hat auch die herrschende Meinung die Anwendbarkeit des § 29 BGB. auf Genossenschaften bejaht. (Parisius-Crüger, GenG. 6. Aufl. S. 137 II, 1 [abw. 5 Aufl. S. 181 II, 1]; Bülow in der Monatsschrift für Handelsrecht, 9. Jahrg. S. 273; v. Staudinger BGB. I, Bem. 2 zu § 29 S. 163, Bem. 2 S. 134; Dertmann-Gareis, BGB. I 84 Anm 8; Planck, 3. Aufl. S. 92 [abw. 1. Aufl. S. 78 I, 1]; Hölder, BGB. I 128, 1; Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I 359 § 154 II; KG. in OLGRspr. 4, 256 ff. [für die G. m. b. H.]; RG. 57, 95).

Ferner bedarf es zur Eröffnung des Konkurses nicht des Vorhandenseins mehrerer Gläubiger. Zulässig ist der Konkurs vielmehr grundsätzlich auch dann, wenn dem Schuldner nur ein einziger Gläubiger gegenübersteht. Und gerade für den Gläubiger einer eingetragenen Genossenschaft wird die Zulassung des Konkurses einem besonderen

Digitized by Google

Bedürfnis begegnen, da er berechtigt ist, zu verlangen, daß der zahlungsunfähigen Genossenschaft durch die Geltendmachung der gesetzlichen Nachschußpflicht ihrer Genossen neue Befriedigungsmittel zugeführt werden und der Anspruch hierauf nur im Rahmen des Konkurses sich verwirklichen läßt. (RGSt. 39, 327; RGZ. 11, 40; Wilmowski, KO. S. 330 Anm. 2; Sarwey-Bossert, KO. S. 335 Anm. 3).

Auch die Vorlegung der Vermögensübersicht bildet kein formelles Erfordernis der Konkurseröffnung. § 104 KO. läßt die Nachlieferung zu, mit der sich das Konkursgericht nach der Sachlage begnügen konnte. Weiter war es nicht verpflichtet, die materielle Richtigkeit der Behauptungen der Antragsteller, daß Zahlungsunfähigkeit und Ueberschuldung des Konsumvereins vorliege, zu prüfen. Es konnte annehmen, daß die Behauptungen den Tatsachen entsprachen. (Wilmowski, KO. S. 333 Anm. 4, S. 336 Anm. 6; Sarwey-Bossert, KO. S. 104 Anm. 2 und 4).

Des Nachweises einer den vierten Teil aller Haftsummen übersteigenden Ueberschuldung (§ 140 GenG.) bedurfte es übrigens nicht. Denn die Genossenschaft war durch Beschluß der Generalversammlung aufgelöst; diese Auflösung war auch trotz mangelnder Eintragung in das Genossenschaftsregister rechtswirksam (§ 78 Abs. 2 vergl. mit § 16 Abs. 4 GenG.; RGZ. 60, 414). Nach Auflösung der Genossenschaft aber ist die Konkurseröffnung nicht von der qualifizierten Ueberschuldung des § 140 GenG. abhängig (§ 98 Abs. 1 GenG.). § 140 GenG. beruht auf dem Gedanken, daß die bestehende Genossenschaft in der Lage ist, durch Erhöhung der Geschäftsanteile oder der obligatorischen Einzahlungen eine Ueberschuldung zu beseitigen, — eine Möglichkeit, die mit der Auflösung der Genossenschaft wegfällt.

Dagegen hängt die Zulässigkeit der Konkurseröffnung nach Auflösung der Genossenschaft allerdings davon ab, daß die Verteilung des Genossenschaftsvermögens noch nicht vollzogen ist. (§ 98 Abs. 2 GenG.) Diesem Erfordernis ist aber hier genügt. In der Begründung des Genossenschaftsgesetzes wird bemerkt, daß nach Verteilung des Vermögens der Konkursantrag abgewiesen werde, weil die Genossenschaft als Liquidationsfirma nicht mehr existiere (Begr. S. 113). Von einer Beendigung der Liquidation im Sinne des Gesetzes kann nur die Rede sein, wenn die Vollziehung der Liquidation mit den gesetzlichen Bestimmungen im Einklang steht. Lassen sich die Liquidatoren, wie im vorliegenden Falle, Pflichtverletzungen zu Schulden kommen (Unterlassung der Anmeldung und Veröffentlichung, der Aufforderung an die Gläubiger, der Abwickelung der Geschäfte in §§ 82, 84, 88, 90

Digitized by Google

GenG., § 60 der Statuten), so erwachsen daraus der Genossenschaft Ersatzansprüche (§ 89, 34 GenG.), und sie besitzt in diesen ein Aktivvermögen, mag auch die gesetzwidrige Liquidation tatsächlich zur Aufteilung des Vermögens geführt haben (Parisius-Crüger S. 469 Anm. 5; Birkenbihl-Maurer GenG. S. 350 Anm. 4; RG. in JW. 1906 S. 40 Nr. 52). Das Vermögen ist daher noch nicht verteilt im Sinne des § 98 Abs. 2 GenG. Für diese Annahme spricht auch der weitere Grund, daß infolge der Möglichkeit der Nachschußeinforderung die Bereitstellung weiterer Konkursaktiva noch ausführbar ist. Anders, als bei der Aktiengesellschaft, ist bei der eingetragenen Genossenschaft nicht das Kapital der Träger der Rechtspersönlichkeit, sondern die Mitgliederschaft in ihrer Gesamtheit. Nicht allein das Vereinsvermögen der Genossenschaft dient den Gläubigern als Befriedigungsobjekt, sondern auch das persönliche Vermögen der Genossen, die in dem als Teil des Konkursverfahrens ausgebildeten Umlageverfahren (§§ 105 ff. GenG.) zu Nachschüssen herangezogen werden. Solange für die Einziehung von Nachschüssen noch Raum ist, kann daher das zur Befriedigung der Genossenschaftsgläubiger bestimmte Vermögen der Genossenschaft nicht als „verteilt" gelten (Parisius-Crüger, S. 468/69 Anm. 5).

Sonach sind die sämtlichen gegen die Eröffnung des Konkursverfahrens gerichteten Einwendungen verfehlt.

Die Beklagten bestreiten ferner die Prozeßführungsbefugnis des Konkursverwalters, weil der nach § 108 GenG. obligatorische Gläubigerausschuß nicht bestellt sei, dessen Genehmigung der Konkursverwalter nach § 133 Ziffer 2 KO. zur Klageerhebung einzuholen habe (siehe auch § 5 ZPO.). Auch diese Rüge geht fehl. Sie übersieht die Vorschrift des § 136 KO., wonach die Gültigkeit einer Rechtshandlung des Verwalters dritten Personen gegenüber durch die Vorschriften der §§ 133—135 nicht berührt wird. Die Genossen haben aber die Stellung Dritter im Sinne dieser Bestimmung. Denn die §§ 133—135 KO. beziehen sich nur auf das Verhältnis zwischen dem Konkursverwalter und dem Gläubigerausschuß oder der Gläubigerversammlung. Sie sind „Kautelen für den inneren Geschäftsgang", wirken jedoch nicht nach außen. Nach außen ist der Konkursverwalter der gesetzliche Disponent ohne Rücksicht darauf, ob der Dritte den Mangel der Genehmigung kennt oder nicht (Hahn, Mater. zur KO. 321, Jäger KO. S. 528 Anm. 1 zu § 136; Wilmowski KO. S. 381 Anm. 1).

Digitized by Google

Bedürfnis begegnen, da er berechtigt ist, zu verlangen, daß der zahlungsunfähigen Genossenschaft durch die Geltendmachung der gesetzlichen Nachschußpflicht ihrer Genossen neue Befriedigungsmittel zugeführt werden und der Anspruch hierauf nur im Rahmen des Konkurses sich verwirklichen läßt. (RGSt. 39, 327; RGZ. 11, 40; Wilmowski, KO. S. 330 Anm. 2; Sarwey-Bossert, KO. S. 335 Anm. 3).

Auch die Vorlegung der Vermögensübersicht bildet kein formelles Erfordernis der Konkurseröffnung. § 104 KO. läßt die Nachlieferung zu, mit der sich das Konkursgericht nach der Sachlage begnügen konnte. Weiter war es nicht verpflichtet, die materielle Richtigkeit der Behauptungen der Antragsteller, daß Zahlungsunfähigkeit und Ueberschuldung des Konsumvereins vorliege, zu prüfen. Es konnte annehmen, daß die Behauptungen den Tatsachen entsprachen. (Wilmowski, KO. S. 333 Anm. 4, S. 336 Anm. 6; Sarwey-Bossert, KO. S. 104 Anm. 2 und 4).

Des Nachweises einer den vierten Teil aller Haftsummen übersteigenden Ueberschuldung (§ 140 GenG.) bedurfte es übrigens nicht. Denn die Genossenschaft war durch Beschluß der Generalversammlung aufgelöst; diese Auflösung war auch trotz mangelnder Eintragung in das Genossenschaftsregister rechtswirksam (§ 78 Abs. 2 vergl. mit § 16 Abs. 4 GenG.; RGZ. 60, 414). Nach Auflösung der Genossenschaft aber ist die Konkurseröffnung nicht von der qualifizierten Ueberschuldung des § 140 GenG. abhängig (§ 98 Abs. 1 GenG.). § 140 GenG. beruht auf dem Gedanken, daß die bestehende Genossenschaft in der Lage ist, durch Erhöhung der Geschäftsanteile oder der obligatorischen Einzahlungen eine Ueberschuldung zu beseitigen, — eine Möglichkeit, die mit der Auflösung der Genossenschaft wegfällt.

Dagegen hängt die Zulässigkeit der Konkurseröffnung nach Auflösung der Genossenschaft allerdings davon ab, daß die Verteilung des Genossenschaftsvermögens noch nicht vollzogen ist. (§ 98 Abs. 2 GenG.) Diesem Erfordernis ist aber hier genügt. In der Begründung des Genossenschaftsgesetzes wird bemerkt, daß nach Verteilung des Vermögens der Konkursantrag abgewiesen werde, weil die Genossenschaft als Liquidationsfirma nicht mehr existiere (Begr. S. 113). Von einer Beendigung der Liquidation im Sinne des Gesetzes kann nur die Rede sein, wenn die Vollziehung der Liquidation mit den gesetzlichen Bestimmungen im Einklang steht. Lassen sich die Liquidatoren, wie im vorliegenden Falle, Pflichtverletzungen zu Schulden kommen (Unterlassung der Anmeldung und Veröffentlichung, der Aufforderung an die Gläubiger, der Abwickelung der Geschäfte in §§ 82, 84, 88, 90

Digitized by Google

GenG., § 60 der Statuten), so erwachsen daraus der Genossenschaft Ersatzansprüche (§ 89, 34 GenG.), und sie besitzt in diesen ein Aktivvermögen, mag auch die gesetzwidrige Liquidation tatsächlich zur Aufteilung des Vermögens geführt haben (Parisius-Crüger S. 469 Anm. 5; Birkenbihl-Maurer GenG. S. 350 Anm. 4; RG. in JW. 1906 S. 40 Nr. 52). Das Vermögen ist daher noch nicht verteilt im Sinne des § 98 Abs. 2 GenG. Für diese Annahme spricht auch der weitere Grund, daß infolge der Möglichkeit der Nachschußeinforderung die Bereitstellung weiterer Konkursaktiva noch ausführbar ist. Anders, als bei der Aktiengesellschaft, ist bei der eingetragenen Genossenschaft nicht das Kapital der Träger der Rechtspersönlichkeit, sondern die Mitgliederschaft in ihrer Gesamtheit. Nicht allein das Vereinsvermögen der Genossenschaft dient den Gläubigern als Befriedigungsobjekt, sondern auch das persönliche Vermögen der Genossen, die in dem als Teil des Konkursverfahrens ausgebildeten Umlageverfahren (§§ 105 ff. GenG.) zu Nachschüssen herangezogen werden. Solange für die Einziehung von Nachschüssen noch Raum ist, kann daher das zur Befriedigung der Genossenschaftsgläubiger bestimmte Vermögen der Genossenschaft nicht als „verteilt" gelten (Parisius-Crüger, S. 468/69 Anm. 5).

Sonach sind die sämtlichen gegen die Eröffnung des Konkursverfahrens gerichteten Einwendungen verfehlt.

Die Beklagten bestreiten ferner die Prozeßführungsbefugnis des Konkursverwalters, weil der nach § 108 GenG. obligatorische Gläubigerausschuß nicht bestellt sei, dessen Genehmigung der Konkursverwalter nach § 133 Ziffer 2 KO. zur Klageerhebung einzuholen habe (siehe auch § 5 ZPO.). Auch diese Rüge geht fehl. Sie übersieht die Vorschrift des § 136 KO., wonach die Gültigkeit einer Rechtshandlung des Verwalters dritten Personen gegenüber durch die Vorschriften der §§ 133—135 nicht berührt wird. Die Genossen haben aber die Stellung Dritter im Sinne dieser Bestimmung. Denn die §§ 133—135 KO. beziehen sich nur auf das Verhältnis zwischen dem Konkursverwalter und dem Gläubigerausschuß oder der Gläubigerversammlung. Sie sind „Kautelen für den inneren Geschäftsgang", wirken jedoch nicht nach außen. Nach außen ist der Konkursverwalter der gesetzliche Disponent ohne Rücksicht darauf, ob der Dritte den Mangel der Genehmigung kennt oder nicht (Hahn, Mater. zur KO. 321, Jäger KO. S. 528 Anm. 1 zu § 136; Wilmowski KO. S. 381 Anm. 1).

Digitized by Google

Begründet ist dagegen der Einwand der Beklagten, daß sich nach der mit dem Konkursfall eingetretenen Auflösung der Genossenschaft ihre Zahlungspflicht auf rückständige Einlagen beschränke, während der bis dahin nicht fällig gewordene, noch ausstehende Teil der Geschäftsanteile nicht von ihnen gefordert werden könne. Der Geschäftsanteil ist nach § 7 Ziffer 2 GenG. der Betrag, bis zu welchem sich die einzelnen Genossen mit Einlagen beteiligen können. Das Statut muß die Einzahlungen auf den Geschäftsanteil bestimmen, zu denen jeder Genosse verpflichtet ist. Sie müssen bis zu einem Gesamtbetrag von mindestens einem Zehnteile des Geschäftsanteils nach Betrag und Zeit bestimmt sein. Entsprechend heißt es in § 43 des Statuts: „Der Geschäftsanteil jedes Mitglieds wird auf 50 M. festgesetzt. Der Geschäftsanteil kann sogleich bei dem Eintritt voll eingezahlt werden und muß inkl. des Eintrittsgeldes mindestens 3 M. betragen und nach und nach durch einzelne Einzahlungen ergänzt werden. In dem letzteren Falle müssen mindestens 10 M. im Laufe von 6 Monaten nach dem erfolgten Eintritt eingezahlt werden." Sonach sieht das Statut nur einen Fälligkeitstermin für den obligatorischen Betrag von 10 M. vor. Die Verpflichtung zu weiteren, diese Mindesteinlage ergänzenden Einzahlungen ist nur allgemein ausgesprochen.

Weitere Einzahlungen auszuschreiben, wäre Sache der Generalversammlung gewesen (§ 50 GenG.). Diese hat aber — nach der eigenen Behauptung des Klägers — nichts Derartiges beschlossen. Nach der Konkurseröffnung ist die Befugnis der Generalversammlung zur Einforderung von Einlagen überdies erloschen. Denn wenn auch die Organe der Genossenschaft im Konkurs grundsätzlich weiter fungieren (Jäger KO., Anm. 9 zu §§ 207, 208 S. 818, vergl. § 104 GenG.), so verdrängt sie doch der Konkursverwalter insoweit, als er Zwangsvertreter des Gemeinschuldners ist, also für den ganzen Bereich der Verwaltung und Verwertung des Massevermögens (§§ 6, 117 KO.). Aber auch dem Konkursverwalter ist die rechtliche Möglichkeit, weitere als die bereits fälligen Einlagen (je 10 M.) beizuziehen, benommen. Die Verpflichtung der Genossen, Einzahlungen auf den Geschäftsanteil zu leisten, endet spätestens mit der Konkurseröffnung.

Mit dieser erlischt die Genossenschaft nach ihrer produktiven Seite hin. Für neue Einzahlungen auf den Geschäftsanteil, die doch dem produktiven Betrieb der Genossenschaft dienen und zur Bildung von Betriebskapitalien führen sollen, ist daher nach der Konkurs-

Digitized by Google

eröffnung kein Raum mehr. Höchstens können früher ausgeschriebene, aber erst im Laufe des Konkursverfahrens fällig werdende Einlagen beigezogen werden. Indes ist auch dies streitig. Einer Entscheidung dieser Frage bedarf es hier nicht. Denn unstreitig ist die Mindesteinlage von je 10 M. gegenüber allen Beklagten schon vor der Konkurseröffnung fällig gewesen. (Siehe Parisius-Crüger S. 106, 525 Anm. 1; Begr. des GenG. S. 201; Jäger KO., Anm. 18 zu §§ 207, 208 S. 823; RGZ. 45, 155; JW. 1899 S. 305 [15] ff.).

Zu Unrecht beruft sich der Kläger darauf, daß die Folge der hier vertretenen Ansicht eine ungleichmäßige Heranziehung der Genossen sei. Diese Auffassung verquickt in unzulässiger Weise den Geschäftsanteil mit der Haftsumme. Der Geschäftsanteil gehört weder selbst zur Haftsumme, noch verstärkt er sie in dem Sinne, daß die auf die einzelnen Geschäftsanteile noch nicht eingezahlten Beiträge der Haftsumme der betreffenden Genossen hinzuzurechnen wären. Die Haftpflicht der Genossen wird durch die Haftsumme begrenzt und durch Heranziehung der Genossen zu den in der Regel nach Kopfteilen (§ 105 GenG.) umgelegten Nachschüssen verwirklicht. Sie ist nach Existenz und Umfang ganz unabhängig davon, wie viel der noch ausstehende Betrag der Geschäftsanteile beträgt. (Vergl. Begr. zum GenG. S. 201.) Wollte man, der Ansicht des Klägers folgend, im Konkursfall die Beiziehung des Restes sämtlicher Geschäftsanteile ohne Rücksicht auf die Fälligkeit gestatten, so würden diese Einlagenreste die Funktion von Nachschüssen annehmen und damit einem Zwecke dienstbar gemacht werden, zu dem sie nicht bestimmt sind. Die Einlagen bilden bestimmungsgemäß das Betriebskapital (Vereinsvermögen), die Nachschüsse dagegen das Garantiekapital, das zur Realisierung der Ausfallhaftung der Genossen den Gläubigern gegenüber dient. Die ersteren stellen eine Forderung der Genossenschaft dar, die wie jede andere Forderung im ordentlichen Rechtswege geltend gemacht werden kann (vergl. Begr. zum GenG. S. 201), die letzteren sind der Verfolgung im Ordinarverfahren entzogen und der Geltendmachung im sogenannten Umlageverfahren (§§ 105 ff. GenG.), einem als Teil des Konkursverfahrens ausgebildeten, zwingend vorgeschriebenen Feststellungs- und Beitreibungsverfahren vorbehalten. (Vergl. JW. 1890 S. 334 [9], 1900, S. 567 [9], OLGRspr. I. 58, 307).

Nach alledem kann von den Beklagten nur der auf die Mindesteinlage von 10 M. noch rückständige Teil gefordert werden.

Urteil des 2. Zivilsenats vom 24. November 1908, 2 U 81/08 (nach Meiningen).

Digitized by Google

3. Enteignung nach dem altenburgischen Fluchtliniengesetz vom 25. November 1897.

Ein im Jahre 1902 vom Ministerium, Abteilung des Innern, genehmigter Fluchtlinienplan der Stadt E. (S.-Altenburg) sieht vor, daß von dem Grundstücke des X ein Teil zur Anlegung einer öffentlichen Ortsstraße Verwendung finden soll.

Im Jahre 1905 haben nun die städtischen Körperschaften beschlossen, die Straße auszubauen. Daraufhin hat der Stadtrat, ohne daß irgendeine amtliche Mitteilung oder Entscheidung des Stadtrats oder einer anderen Behörde über den Ausspruch der Enteignung an den Eigentümer X ergangen war, durch den Stadtbaumeister und die Bauarbeiter von jenem Teile des Grundstücks des Beklagten Besitz ergriffen und ihn zur Anlegung der Straße verwenden lassen. Eine Entschädigung erhielt der Eigentümer zunächst nicht. Im Jahre 1906 verlangte er eine Entschädigung, sie wurde ihm aber verweigert, weil sein Grundstück bebaut und deshalb anliegerbeitragspflichtig sei. Er verlangte dann, daß die Gemeinde ihm 10 M. für das Quadratmeter zahle oder gemäß § 11 des sogen. Fluchtliniengesetzes vom 25. November 1897 den Antrag auf Einleitung des Abschätzungsverfahrens beim Landratsamte stelle. Da keins von beiden geschah, hat er Klage erhoben mit dem Antrage, die Gemeinde zu verurteilen, daß sie beim Landratsamte den Antrag stelle, das Abschätzungsverfahren einzuleiten.

Alsbald nach jener Klagerhebung begannen Vergleichsverhandlungen über die Abtretung und den dafür zu gewährenden Betrag. Ueber die mündlich angebrachten, nicht beurkundeten Forderungen des Eigentümers faßten die städtischen Körperschaften Beschlüsse. Der Inhalt der darüber in der üblichen Weise aufgenommenen Sitzungsprotokolle wurde dann durch einen Ratsregistrator dem Eigentümer zu Protokoll bekanntgegeben; eine Annahmeerklärung des Eigentümers ist in diesem Protokolle nicht mit beurkundet. Die Gemeinde behauptet, daß eine Einigung zustandegekommen sei, der Eigentümer bestreitet dies.

Die Stadtgemeinde hat versucht, die Berichtigung des Grundbuchs dadurch zu erreichen, daß sie dem Grundbuchamte die Besitzergreifung mitteilte. Das Grundbuchamt hat aber die Berichtigung abgelehnt. Sodann hat die Stadtgemeinde versucht, mit dem Eigentümer einen gerichtlichen Kaufvertrag abzuschließen und die Auflassung zu erlangen. Der Eigentümer hat sich aber geweigert, zu der Beurkundung und der Auflassung mitzuwirken.

Digitized by Google

Die Stadtgemeinde hat dann im Jahre 1907, noch ehe über jene Klage des Eigentümers entschieden war, auch selbst Klage erhoben. Sie begehrt damit in erster Linie, den Beklagten zu verurteilen, zuzustimmen, daß das Grundbuch dahin berichtigt werde, daß die Gemeinde Eigentümerin des von seinem Grundstücke zur Straße genommenen Stückes sei. In zweiter Linie beantragt sie, ihn zur Auflassung dieses Grundstücksteils zu verurteilen.

Das Landgericht hat die Klage des Eigentümers zur Zeit abgewiesen, weil sie erst begründet sein werde, wenn die Enteignung erfolgt sei; die Klage der Stadtgemeinde aber hat es wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen.

In beiden Prozessen hat je die abgewiesene Partei Berufung eingelegt.

Der Eigentümer beantragt:

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils:

1) nach dem Klagantrage die Stadtgemeinde zu verurteilen, daß sie nach § 11 des Fluchtliniengesetzes beim Landratsamte den Antrag auf Einleitung des Abschätzungsverfahrens stelle;

2) in zweiter Linie: die Stadgemeinde zu verurteilen, daß sie beim Landratsamte den Antrag stelle, daß das Abschätzungsverfahren „respektive das gesetzlich geordnete Enteignungsverfahren" eingeleitet werde;

3) in dritter Linie: die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger den durch die Einverleibung der Teilfläche in den Straßenkörper verursachten Schaden zu ersetzen und zur Ermittelung dieses Schadens die Einleitung des gesetzlich vorgeschriebenen Enteignungsverfahrens resp. Abschätzungsverfahrens bei dem zuständigen Landratsamte zu R. zu beantragen oder eventuell 3500 M. oder nach sachverständigem Gutachten und richterlichem Ermessen mehr oder weniger als Entschädigung zu zahlen.

Die Stadtgemeinde dagegen beantragt mit ihrer Berufung, daß einem ihrer Klaganträge (Verurteilung zur Zustimmung zur Grundbuchberichtigung; Verurteilung zur Auflassung) stattgegeben werde. Die Stadtgemeinde vertritt folgende Rechtsauffassung:

Wenn nicht überhaupt schon in der ministeriellen Plangenehmigung die die Rechtsänderung aussprechende endgültige Entscheidung der zuständigen Behörde zu erblicken sei, so daß nach § 49 des AltenbAG. z. BGB. bereits mit der öffentlichen Bekanntmachung der Genehmigung die Gemeinde Eigentümerin geworden sei, so enthalte diese Plangenehmigung nach § 9 des Fluchtliniengesetzes mindestens die Verleihung eines Aneignungsrechtes, des Rechtes, durch Besitzer-

Digitized by Google

greifung das Eigentum zu erwerben. Da sie Besitz ergriffen habe, sei sie Eigentümerin geworden, das Grundbuch, das noch den Beklagten als Eigentümer enthalte, entspreche demnach nicht mehr der wahren Rechtslage, und der Beklagte sei daher verpflichtet, zur Berichtigung des Grundbuchs seine Zustimmung zu geben. Nehme man aber dennoch an, daß die Gemeinde noch nicht Eigentümerin geworden sei, so sei aus der Plangenehmigung und weiter auch aus der zustandegekommenen Einigung für den Beklagten die Verbindlichkeit erwachsen, durch Auflassung das Eigentum an die Klägerin zu übertragen. Die Einigung bedürfe nicht der Form des § 313 BGB., da die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums schon durch die Plangenehmigung begründet sei, nicht erst durch die Einigung begründet werde, diese vielmehr nur die Höhe der Entschädigung zum Gegenstande habe.

Der Eigentümer meint dagegen:

Die Gemeinde sei noch nicht Eigentümerin. Erst durch eine besondere, den Anspruch der Rechtsänderung enthaltende endgültige Entscheidung (Enteignungserklärung) der zuständigen Enteignungsbehörde könne sie Eigentum erwerben. Eine solche Entscheidung sei bisher nicht ergangen, nicht einmal beantragt. Die Plangenehmigung bedeute nur die Prüfung der Zulässigkeit der geplanten Straßenanlagen und der dazu etwa erforderlichen Enteignungen, sie verleihe nur das Enteignungsrecht, das heiße: das Recht, den erwähnten Enteignungsausspruch künftig zu beantragen, enthalte aber noch nicht selbst diesen Ausspruch der Rechtsänderung. Das Enteignungsrecht gewähre aber auch keinen Anspruch auf Auflassung, sondern könne nur im Wege des verwaltungsrechtlichen Enteignungsverfahrens durchgeführt werden. Einen Anspruch auf Auflassung könne die Gemeinde nur durch Rechtsgeschäft erwerben; eine solches unterliege aber der Formvorschrift des § 313 BGB.; eine so beurkundete Vereinbarung liege jedoch hier nicht vor.

Es sei aber auch unrichtig, mit dem Landgerichte anzunehmen, daß das Abschätzungsverfahren erst zulässig sei, nachdem die Enteignung durch Ausspruch der Rechtsänderung vollzogen sei. Im Gegenteil, dieser Ausspruch sei überhaupt erst nach Feststellung und Zahlung der Entschädigung zulässig. Man könne nicht annehmen, daß der Gesetzgeber den Widersinn bestimmt habe, daß erst enteignet werde und dann, nachdem die Gemeinde Eigentümerin geworden sei und kraft ihres Eigentumsrechts Gebäude niedergerissen, wertvolle Bäume und Einfriedigungen beseitigt, fruchtbares Land in chaussierte

Digitized by Google

oder gepflasterte Straße verwandelt habe, ein Abschätzungsverfahren erst hintennach stattzufinden brauche, bei dem die Sachverständigen das Gebäude oder Land dann gar nicht mehr im früheren Zustande zu schätzen in der Lage seien. — Es sei aber auch nicht richtig, daß unter „Entziehen" nur die Entziehung des Eigentumsrechts zu verstehen sei. Vielmehr begründe schon die Entziehung der Benutzungs- und Nutzungsmöglichkeit den Anspruch auf Entschädigung. Für den Fall aber, daß eine vorherige Eigentumsentziehung notwendig sein sollte, sei der zweite Antrag gestellt. — Die ohne das geordnete Enteignungsverfahren vorgenommene Besitzentziehung sei aber überhaupt verbotene Eigenmacht, also widerrechtlich, und begründe, da die Beklagte das Eigentum des Klägers gekannt habe oder doch habe kennen müssen, einen Schadensersatzanspruch. Als Schadensersatz werde in erster Linie die Herbeiführung der im geordneten Abschätzungsverfahren festzustellenden Entschädigung verlangt, im Falle der Ablehnung aber die im dritten Antrage bezeichnete gerichtlich festzustellende Schadensersatzsumme.

Die Stadtgemeinde vertritt demgegenüber den Standpunkt:

Das Abschätzungsverfahren sei sie schon deswegen noch nicht verpflichtet zu beantragen, weil es voraussetze, daß die Entziehung des Eigentums erfolgt sei; das sei ja aber auch nach dem eigenen Standpunkte des Klägers und nach dem Urteile des Landgerichts noch gar nicht der Fall. Zudem bestimme § 17 des Wegebaugesetzes, auf den der § 11 des Fluchtliniengesetzes verweise, ausdrücklich, daß das Abschätzungsverfahren erst nach vollständiger Fertigstellung der Straße stattzufinden brauche. — Voraussetzung für das Abschätzungsverfahren sei aber weiter auch, daß nicht schon eine gütliche Einigung über die Höhe der Entschädigung erfolgt sei. Eine solche Einigung aber sei hier zustande gekommen. Der Form des § 313 BGB. bedürfe sie ja nicht.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Stadtgemeinde zurückgewiesen. Auf die Berufung des Eigentümers hat es die Stadtgemeinde verurteilt, bei der zuständigen Behörde den Antrag zu stellen, daß wegen der bei Anlegung der Straße dem Eigentümer tatsächlich entzogenen Fläche das Enteignungs- und Abschätzungsverfahren eingeleitet werde.

Aus den Gründen

der beiden Urteile ist folgendes zusammenzustellen:

I. (Zum Berichtigungsverlangen). Durch welchen und wessen Rechtsakt nach dem altenburgischen sogenannten Fluchtliniengesetze (Gesetz, betr. die Anlegung, Veränderung und Bebauung von Straßen

Digitized by Google

und Plätzen vom 25. November 1897, GS. 117) die Gemeinde das Eigentum an den zu Straßen und Plätzen bestimmten Grundflächen erwirbt — von den Fällen des privatrechtlichen Erwerbs durch Auflassung mit Eintragung abgesehen — spricht das Fluchtliniengesetz allerdings nicht mit ausdrücklichen klaren Worten aus. Die Frage kann daher nur aus dem Zwecke der Aufstellung von Fluchtlinienplänen und dem Zusammenhange mit anderen Vorschriften dieses und anderer Gesetze beantwortet werden.

1. (Zur Frage des unmittelbaren Eigentumserwerbs durch Plangenehmigung.) Hiernach ist aber zunächst die von der Klägerin in erster Linie geltend gemachte Auslegung zu verwerfen, daß die Plangenehmigung schon bewirke, daß die Gemeinde das Eigentum erwerbe. Der Zweck eines Fluchtlinienplans ist keineswegs der, der Gemeinde alsbald das Grundeigentum an allem dem Areal zu verschaffen, das in ihm als Verkehrsraum bezeichnet ist. Die Gemeinde würde damit an dem ganzen projektierten Straßennetz schon Eigentum erwerben, ehe sie es nur braucht, und müßte wegen dieser Eigentumsentziehung schon alsbald nach der Plangenehmigung an die sämtlichen vom Plane betroffenen Grundeigentümer Entschädigungen zahlen. Der Zweck besteht vielmehr zunächst nur darin, die Möglichkeit der Ausführung des Projekts rechtlich zu sichern. Das wird schon dadurch erreicht, daß nunmehr nur noch „nach Maßgabe des Planes" (§ 2 FlLG.) gebaut werden darf, also keine Bauten mehr auf dem künftigen Verkehrsraum errichtet werden dürfen und die Häuser in der geplanten Baufluchtlinie zu stehen kommen müssen. Das „Eigentum" an den projektierten Straßenflächen braucht die Gemeinde zur Sicherung der künftigen Straßenanlegung also zunächst gar nicht, für sie genügt das Recht, daß sie künftig bei Bedarf, d. h. wenn es einmal zum Ausbau der Straße kommt, das Eigentum erwerben kann. Bis zu diesem Bedarfsfalle können noch Jahrzehnte seit der Plangenehmigung verstreichen. So sorgt der Fluchtlinienplan nicht lediglich für die Gegenwart, sondern nicht zum wenigsten auch für die „Bedürfnisse der Zukunft" (§ 3 FlLG.). Gerade hierin unterscheidet er sich seinem Zweck nach von den rechtsähnlichen „Umlegungsplänen", deren sich das landwirtschaftliche Zusammenlegungsverfahren und das städtebaurechtliche Umlegungsverfahren bedienen. Sie wollen eine alsbaldige Rechtsänderung herbeiführen. Für das baurechtliche Umlegungsverfahren ist das im Baugesetze (1901 S. 21 § 65) ausdrücklich gesagt; für den landwirtschaftlichen Umlegungsplan (bestätigten Zusammenlegungsrezeß) läßt sich der Zweck alsbaldiger

Digitized by Google

Rechtsänderung ebenfalls zweifelsfrei aus dem Gesetze entnehmen (ZusammenlegG. 1889 S. 74 ff., §§ 29, 33, 39 mit AltenbAG. zum BGB. § 49; AV. z. ZusammenlegG. 1889 S. 99, § 43 Abs. 8, 9 in der Fassung von 1900, S. 88). Gerade die baugesetzlichen Bestimmungen über das Umlegungsverfahren lassen zugleich mehrfach erkennen, daß der Fluchtlinienplangenehmigung nicht die Wirkung einer Eigentumserteilung (Enteignung) zukommen soll. Ein Fluchtlinienplan muß ja bereits genehmigt sein, bevor ein Umlegungsverfahren zu Ende geführt werden darf (§ 64 des BauG.). Würde nun der Fluchtlinienplan schon das Eigentum an den darin zu den künftigen Straßen bestimmten Flächen der Gemeinde zugeteilt haben, so stände damit die Bestimmung, wonach das künftige Straßenland, bis es dereinst zur Anlegung der Straßen Verwendung findet, einstweilen wieder den am Umlegungsgelände beteiligten Privateigentümern zugeteilt werden soll, (§ 62 Abs. 4) in Widerspruch, ja sie würde dann im Hinblick auf § 62 Abs. 2 Satz 3 auch überflüssig und gegenstandslos sein. Das ist ein deutlicher Fingerzeig dafür, daß die altenburgische Gesetzgebung nicht annimmt, der Fluchtlinienplan *habe* bereits das Eigentum am geplanten Straßenland der Gemeinde zugeteilt. — Diese Auffassung zeigt sich auch darin, daß sich das Umlegungsplanverfahren zwar im allgemeinen nach denselben Bestimmungen richten soll, die für das Fluchtlinienfeststellungsverfahren gegeben sind (§ 63 des BauG. verweist auf §§ 3—8 und 10—11 des FlLG.), daß aber für die Wirkung der Planfeststellung im Umlegungsverfahren statt des § 9 des FlLG. eine besondere Vorschrift (der erwähnte § 65 BauG.) gegeben ist, die deutlich von einer alsbaldigen dinglichen Rechtsveränderung spricht. Der § 9 des FlLG. dagegen zeigt eine ganz andere Fassung. Er sagt nicht „. . . erlangt die Gemeinde das Eigentumsrecht", sondern „. . . erlangt die Gemeinde das Recht, die Grundflächen dem Eigentümer zu entziehen". Hier wird also erst noch eine weitere Handlung vorausgesetzt. Dies erkennt auch die Begründung an, wenn sie sagt: „Die Entziehung . . . kann sofort nach der Genehmigung durchgeführt werden" (LdschMitt. 1895/97 II, 19 zu § 9); denn es bedarf danach eben immer noch einer „Durchführung". So spricht auch § 55 des BauG. für die Dörfer (1901 S. 44), wiewohl es den § 9 des FlLG. für anwendbar erklärt, noch davon, daß sich „zur Ausführung" des Fluchtlinienplanes die zwangsweise Enteignung notwendig macht. — Weiter spricht auch noch der § 16 des FlLG. dagegen, daß dieses Gesetz eine alsbaldige Eigentumsverleihung durch Plangenehmigung im Auge haben kann. Denn wenn die in einem genehmigten Plane

Digitized by Google

vorgesehenen Straßen verlegt oder ganz wieder aufgehoben werden, so hätte ja die Gemeinde das im ursprünglichen Plane bestimmte Straßengelände nun zwecklos zum Eigentum erworben und müßte nun sehen, wie sie es ohne Schaden wieder losschlagen könnte. Die Entschädigung hätte sie ja schon wegen der in der ersten Plangenehmigung liegenden Enteignung zu zahlen gehabt.

Auch das E.er Ortsstatut zur Ausführung des Fluchtliniengesetzes nimmt im Anschluß an das vom Ministerium dafür aufgestellte Musterstatut an, daß durch den Fluchtlinienplan die Gemeinde noch nicht Eigentum erworben hat. Denn sonst könnte es bei Bauten an unfertigen Straßen nicht erst noch als Bedingung der ausnahmsweisen Bauerlaubnis (Anbaugenehmigung der Gemeinde) die aufstellen, daß der Bauende das Straßenareal an die Gemeinde „zu Eigentum überweist" (§ 3 Nr. 1).

Ein Ausspruch der dinglichen Rechtsänderung selbst ist in der Plangenehmigung auch nicht etwa deshalb enthalten, weil diese vom Ministerium, Abteilung des Innern, erteilt wird. Diese ministerielle Genehmigung hat vielmehr keine enteignungsrechtliche Bedeutung, sondern nur oberpolizeiliche und aufsichtsbehördliche. Sie soll keine andere Bedeutung haben als in dem bis zum FluG. in Geltung gewesenen Rechte (Begründung zu § 8, LdschMitt. 1895/97, II, 18). Daß es in Preußen einer solchen Genehmigung nicht bedarf, beweist nichts gegen diese Auffassung der Genehmigung nach altenburgischem Gesetz. Eine solche Genehmigung ist vielmehr auch in anderen Staaten vorgeschrieben, ohne daß dies eine enteignungsrechtliche Bedeutung hätte; vielmehr wird in diesen Staaten das Enteignungsrecht zur Ausführung des genehmigten Planes erst noch durch besondere weitere Ministerialentscheidung verliehen (Sachsen 1868 S. 332 § 6 ministerielle Genehmigung des Bauplanes, § 4 ministerielle Genehmigung des Enteignungsstatuts, jetzt Allg. Baugesetz 1900 S. 381, § 25 ministerielle Genehmigung des Bebauungsplanes, §§ 67, 69 ministerielle Erteilung der Enteignungsbefugnis, § 73 Vollziehung der Enteignung durch eine von der Gemeindebehörde verschiedene Enteignungsbehörde; Weimar 1869 S. 214, § 4 Abs. 2 landesherrliche Genehmigung des Bebauungsplanes, Abs. 4 Erteilung des Expropriationsrechts zur Ausführung des genehmigten Planes; ähnlich Reuß j. L. 1907 S. 35, § 10 Genehmigung des Bebauungsplanes durch die Gemeindeaufsichtsbehörde, § 32 Abs. 2 besondere ministerielle Genehmigung zur Enteignung von bebautem Grund und Boden).

Alles dies zeigt, daß von einem Eigentumserwerb durch Plangenehmigung keine Rede sein kann.

Digitized by Google

2. (Vollziehung der Enteignung.) Es bedarf also noch einer besonderen Durchführung der Entziehung. Es fragt sich nur, was man sich hierunter zu denken hat. Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, daß „Entziehung" ein dem Enteignungsrecht angehörender technischer Ausdruck ist, der — im Gegensatz zu bloßer „Beschränkung" des Eigentums — die völlige Aufhebung des Eigentums, nicht etwa bloß die Besitzentziehung bedeutet. Das ergibt auch der § 20, der von „Entziehung von Grundeigentum" spricht. So wird ferner das Wort „entziehen" in den enteignungsrechtlichen altenburgischen Vorschriften gebraucht; insbesondere ist in § 49 AG. zum BGB. die Rede von den Fällen, in denen „auf Grund gesetzlicher Vorschrift das Eigentum an einem Grundstücke entzogen" wird, und dieser Paragraph trägt die Ueberschrift „Enteignung". Die Begründung dazu aber führt ausdrücklich gerade auch „die Enteignungen auf Grund des Fluchtliniengesetzes" unter den Fällen auf, „für die der § 49 gelten" soll (LdschMitt. 1898/1900, II, 251 zu Art. 17 § 1).

Auch der schon erwähnte § 55 des BauG. für die Dörfer gebraucht den Ausdruck „zwangsweise Enteignung" offenbar im Hinblick auf den vorher angezogenen § 9 des FlLG. und als gleichbedeutend mit der im nächsten Satze des § 55 behandelten „Entziehung von Grundeigentum".

Daß man auch schon beim Erlasse des Fluchtliniengesetzes die Entziehung im Sinne von Enteignung gemeint hat, beweist die Bemerkung in der Begründung zu § 9 FlLG.:

„Die Wirkung des genehmigten Plans besteht in der Verleihung des Enteignungsrechtes, soweit solches für den vorliegenden Zweck erforderlich ist."

Das steht im Einklange mit dem preußischen Vorbilde. Denn § 11 Satz 2 des preußischen Fluchtliniengesetzes bedient sich genau derselben Ausdrücke, wie § 9 des altenburgischen; er sagt:

„. . . erhält die Gemeinde das Recht, die durch die festgesetzten Straßenfluchtlinien für Straßen und Plätze bestimmte Grundfläche den Eigentümern zu entziehen".

Aus § 14 des preußischen Fluchtliniengesetzes ergibt sich aber klar, daß unter diesem „Recht, zu entziehen" zu verstehen ist das Recht, das Enteignungsverfahren zu betreiben, nicht etwa das Recht zu rein körperlich-tatsächlicher Besitzwegnahme. Nicht durch solche Wegnahme, sondern durch einen Enteignungsbeschluß der Enteignungsbehörde (Bezirksausschuß) wird die Entziehung vollzogen und das Eigentum erworben. Bei der wörtlichen Uebereinstimmung der

Digitized by Google

altenburgischen mit der preußischen Gesetzesbestimmung und bei der ausdrücklichen Erläuterung in den Motiven als „Verleihung des Enteignungsrechtes" kann nicht angenommen werden, daß das altenburgische Gesetz mit der Verleihung des Entziehungsrechts etwas anderes als die Verleihung des Enteignungsrechtes meint. Das entspricht zudem nicht nur der preußischen, sondern auch der Gesetzgebung anderer deutscher Staaten. Nach allgemeinem deutschen (nicht bloß speziell preußischem) Recht versteht man aber unter Verleihung des Enteignungsrechts, daß „damit der Unternehmer die verwaltungsrechtliche (öffentlich-rechtliche) Befugnis erlangt, von dem dazu eingesetzten Organ des Staates die Verleihung des Eigentums an den für das Unternehmen benötigten Grundstücken zu beanspruchen" (RGZ. 61, 108, ebenso für Preußen RGZ. 69, 71; Stobbe-Lehmann[3] II 1, § 121 bei Note 26 S. 513; Gierke, DPrivR. (05) § 128 V bei Noten 55—57 S. 477).

Es fehlt nun in dem altenburgischen Fluchtliniengesetz und in seiner Begründung an jedem Anhalte dafür, daß der altenburgische Gesetzgeber mit dem herübergenommenen Ausdrucke „entziehen" und mit den erläuternden Worten „Verleihung des Enteignungsrechtes" einen anderen Sinn verbunden haben sollte, als gemeinhin in Deutschland in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft darunter verstanden wird. Eine solche völlig abweichende Bedeutung dieser rechtstechnischen Ausdrücke hätte er hervorheben müssen. Insbesondere kann ein solcher Schluß auch nicht etwa daraus gezogen werden, daß das Fluchtliniengesetz die Art und Weise und den Zeitpunkt der Eigentumsentziehung, des Aktes, durch den sich die dingliche Rechtsänderung zwangsweise vollzieht, mit Stillschweigen übergeht und lediglich insoweit das Verfahren regelt, als es der Feststellung der Entschädigung dient. Denn gerade die nur modifizierende Fassung des § 11 erweckt nicht den Anschein einer Absicht, zu kodifizieren. Es muß also angenommen werden, daß die Verfolgung des verliehenen Eigentumsrechtes sich nach den allgemeinen Vorschriften der Verfassung und sonstigen Gesetze und des gemeinen deutschen Enteignungsrechtes zu richten hat. Alle diese aber kennen keine Enteignung durch bloße eigenmächtige Besitzergreifung, sondern sehen die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde vor. (Gierke, DPrivR. 1905, § 128 V 3, X, S. 477, 492). In diesem Verfahren hat, selbst wo dies früher nicht so geregelt gewesen wäre, seit 1900 nach der allgemeinen Vorschrift des § 49 AG. z. BGB. die zuständige Behörde eine „Entscheidung" zu erlassen, die „die Rechtsveränderung ausspricht", also eine Enteig-

Digitized by Google

nungserklärung. Sobald diese unanfechtbar wird, tritt die Rechtsänderung ein, erwirbt also die Gemeinde das Eigentum. Gleichzeitig erwächst für die Behörde, die die Enteignung ausgesprochen hat, die Aufgabe, um die Berichtigung des Grundbuchs zu ersuchen (§ 9 AG. z. GBO.).

Daß in Sachsen-Altenburg nach § 49 und in Reuß ä. L. nach dem übereinstimmenden § 71 AG. z. BGB. das Eigentum in Enteignungsfällen nicht mehr, wie vielleicht früher, mit der Feststellung des Gegenstandes der Enteignung, sondern, wie in den meisten modernen Enteignungsgesetzen, durch einen außer der Objektsfeststellung und der Entschädigungsfeststellung noch besonders ergehenden Ausspruch der Enteignung erworben wird, ist auch die Auffassung von Gierke, DPrivR. 1905 S. 500, 501 Anm. 167, 173.

Der § 49 will, wie auch seine Begründung ergibt, den Grundsatz des früheren Grundstücksrechts, wonach ein Eigentumserwerb, auch wenn er kein rechtsgeschäftlicher war (Zuschlag nebst nach Zahlung nachfolgender Adjudikation; Enteignung; vielleicht sogar Erbgang) nur durch Eintragung ins Grundbuch erworben werden konnte (§§ 2, 4 des Grund- und Hypothekenbücher-Gesetzes 1852, S. 133; § 1 AV. dazu 1855 S. 103), einen Grundsatz, der wegen Artikel 109 EG. z. BGB. für die Fälle der Enteignung bestehen geblieben wäre, beseitigen und dafür einen außergrundbuchlichen Rechtserwerb setzen. Damit ist aber nicht gesagt, daß dadurch allenthalben der den Gegenstand der Enteignung festsetzende Beschluß schon die Bedeutung der die Rechtsänderung aussprechenden und bewirkenden Entscheidung erhalten sollte. Nur das Erfordernis der Eintragung soll beseitigt, der Rechtserwerb aber jedenfalls nicht in einen früheren Zeitpunkt zurückverlegt werden, als in den, in welchem man nach bisherigem Rechte ein Recht (Titel) auf die Eintragung erlangt hatte. Bei den Enteignungen nach den Eisenbahnmandaten mag dies mit dem Zeitpunkte der Gegenstandsfeststellung (und Entschädigungsfeststellung) zusammenfallen (1863 Mand. § 7 Abs. 3 Instr. §§ 16, 19, 21). So ist die Rechtslage aber nicht bei allen Arten von Enteignungsverfahren.

Insbesondere hat also für die wasserrechtliche Enteignung der § 49 AG. z. BGB. nicht etwa die Bedeutung, daß der Eigentumserwerb schon mit der rechtskräftigen Feststellung der Zulässigkeit und des Umfangs (Gegenstands) des Zwangsrechts nach § 158 GW., also vor der Festsetzung (§ 170) und Zahlung (§§ 149, 176) der Entschädigung eintrete, sondern es bleibt bei dem das wassergesetzliche Enteignungsrecht beherrschenden Grundsatz der vorgängigen Entschädigung (§§ 149, 176). Es muß deshalb angenommen werden,

Digitized by Google

daß, sobald die Voraussetzungen vorliegen, bei deren Eintritt früher die Eintragung zu erfolgen hatte, — Gegenstandsfeststellung, Entschädigungsfeststellung, Entschädigungszahlung — (§ 176), nunmehr ein die Enteignung vollziehender, die Rechtsveränderung aussprechender besonderer Beschluß der Enteignungsbehörde zu erlassen ist, so daß das Verfahren sich nunmehr ganz in derselben Reihenfolge und in denselben Hauptakten bewegt, wie das preußische Enteignungsverfahren (Planfeststellung, Entschädigungsfeststellung, Zahlung, Enteignungsbeschluß). — So kann der § 49 AG. z. BGB. aber auch bei den fluchtlinienmäßigen Enteignungen nicht die Bedeutung haben, den Eigentumserwerb auf einen Zeitpunkt zurückzuverlegen, der weit früher läge als derjenige, zu dem nach dem Rechte vor 1900 die damals konstitutive Eintragung herbeigeführt wurde. Diese sollte sicherlich nicht schon in vollem Umfange des Plans sofort nach der Plangenehmigung, sondern je erst im Bedarfsfalle, wenn der Gemeinde es beliebte, geschehen. Der Sinn der Fluchtlinienplangenehmigung ist eben, wie oben ausgeführt, nicht der, durch oder ohne Grundbucheintragung eine alsbaldige dingliche Rechtsänderung herbeizuführen, sondern für die Zukunft nach Bedarf deren dereinstige Herbeiführung zu gestatten.

Die Plangenehmigung kann aber auch nicht etwa so aufgefaßt werden, daß in ihr schon eine „endgültige" (unanfechtbare) „Entscheidung der zuständigen Behörde" läge, die die dingliche „Rechtsänderung" zwar nicht unbedingt, aber doch unmittelbar selbst schon jetzt „ausspräche", wenn auch unter der Potestativbedingung, daß die Gemeinde den Entziehungswillen erkläre. Eine solche Auffassung setzte sich in Widerspruch mit der in der Begründung gegebenen Erläuterung, daß es sich nur um die Verleihung des Rechtes zur Enteignung handele. Sie müßte auch zu Ergebnissen in bezug auf die Grundbuchberichtigung führen, die nicht gewollt sein können. Faßte man nämlich in dieser Weise das plangenehmigende Ministerium schon als zuständige Behörde im Sinne des § 49 AG. z. BGB. auf — denn die enteignungsberechtigte Gemeinde, in deren Person sich nur die Potestativbedingung der Ministerialentscheidung erfüllt, wird dadurch noch nicht zum Organ für die staatliche Entscheidung über die Rechtsveränderung — so wäre es auch zugleich die zuständige Behörde im Sinne des § 9 AG. z. GBO. Beide Paragraphen haben offensichtlich dieselbe Behörde im Auge. Das Ministerium müßte also nicht nur schon bei Einleitung des Fluchtlinienplanaufstellungsverfahrens die Vormerkung nach § 9 Abs. 1 AG. z. GBO. einzutragen ersuchen, sondern auch alsbald nach der Plangenehmigung „nach

Digitized by Google

Maßgabe des Inhalts seiner in dem Verfahren ergangenen, wenn auch bedingten, so doch bereits unanfechtbaren (endgültigen) Entscheidung" das Grundbuch berichtigen lassen, also die bedingte Rechtsänderung einzutragen ersuchen (§ 9 Abs. 2). Daß aber § 7 AG. z. GBO. nicht eine solche ganz regelwidrige (BGB. § 925 Abs. 2) bedingte Eigentumseintragung, sondern nur die unbedingte Entziehung im Auge hat, kann nicht zweifelhaft sein. Demgemäß muß er aber auch unter der endgültig gewordenen Entscheidung, nach deren Inhalt die Entziehung berichtigungsweise eingetragen werden soll, eine die Rechtsveränderung unbedingt aussprechende Entscheidung meinen, also eine andere als die Plangenehmigung. Eine solche bedingte Eintragung wäre nutzlos und im Hinblick auf die schon eingetragene Vormerkung überflüssig; auch müßte das Grundbuch nach Eintritt der Bedingung immer noch durch eine unbedingte Eintragung bereinigt werden, die aber zu ihrer Grundlage eine unbedingte, den Wegfall der Bedingung feststellende Entscheidung erforderte. Es muß deshalb auch bei den fluchtlinienrechtlichen Enteignungen die in § 49 AG. z. BGB. vorausgesetzte Entscheidung, die die Rechtsänderung nunmehr (unbedingt) ausspricht, noch besonders erlassen werden. Eine solche besondere Enteignungserklärung entspricht auch allein dem Sinn des § 49; wenn er an die Stelle der konstitutiven Grundbucheintragung eine außerbücherliche Tatsache setzt, so will er sicher einen nicht minder wie die vorbehaltlose Bucheintragung markanten Akt vorschreiben, der mit der für das Immobiliarrecht erforderlichen Klarheit die Rechtsveränderung ausdrücklich und ohne sie noch von anderen Umständen, als dem Eintritte der Rechtskraft der Entscheidung selbst, abhängig zu machen, ausspricht.

Eine solche besondere neueste Entscheidung wird auch schon deshalb selten zu entbehren sein, weil der Inhalt des Bebauungsplans und des Genehmigungsvermerks kaum eine genügende Unterlage für die Eintragung im Grundbuche bilden kann. Einmal bietet er keine Gewähr, daß sein Inhalt noch nach Jahren richtig ist, die Flurstücke können infolge von Verschmelzung, Zerteilung, Grenzverschiebung usw. sich geändert haben; dann: die Eigentümer und Flächengehalte der zur Straße zu ziehenden Flächen sind in ihm nicht angegeben; Vermessungsregister dieses Inhalts (wie in Preußen, Vorschriften vom 28. Mai 1876 MBl. 131 § 11 Nr. 2) werden ja dem Fluchtlinienplane nicht von vornherein beigefügt (Erlaß v. 13. Juli 95, MR III 3581/95, unter 2, A, f.). Endlich: Zur Eintragung der Enteignung von Parzellenteilen bedarf es einer besonderen geometrischen Zeichnung (§ 7 AV.

Digitized by Google

z. GBO.), und diese wieder bedarf der Erwähnung (Bezugnahme) in der die Rechtsänderung aussprechenden Entscheidung, um für die Grundbuchberichtigung als Eintragungsunterlage und als Beweis darfür berücksichtigt werden zu können, daß sie einerseits mit dem das Enteignungsrecht verleihenden Fluchtlinienplan und andererseits mit dessen durch Absteckung oder Abrainung erst verwirklichter Uebertragung vom Papier in die Natur übereinstimmt. Denn es muß als selbstverständlich unterstellt werden dürfen, daß auch die Gesetzgebung des öffentlichen Rechts da, wo sie in das Privatrecht eingreift und wie ein Rechtsgeschäft Privateigentum an Grundstücken gibt und nimmt, dem Privatrechtssysteme und insbesondere auch dem Grundbuchsysteme so Rechnung tragen will, daß die vorgeschriebene Grundbuchberichtigung sich glatt vollziehen kann. Auch diese aus der Berichtigungsvorschrift sich ergebenden Betrachtungen vom grundbuchtechnischen Gesichtspunkte aus sprechen weiter mit dafür, daß nicht bereits der Fluchtlinienplan, sondern eine besondere spätere Enteignungserklärung die Rechtsänderung ausspricht.

Daß nun eine solche den bedingungslosen Ausspruch der Rechtsveränderung enthaltende Entscheidung ergangen sei, ist im vorliegenden Falle aber nicht behauptet.

Der Berichtigungsanspruch würde daher als unbegründet abzuweisen sein, wenn seine Verfolgung nicht überhaupt dem Rechtswege entzogen wäre.

Zu dieser Verneinung der Zulässigkeit des Rechtswegs führt schon der Umstand, daß das ganze Verfahren zur Verschaffung des Eigentums, soweit sie sich auf die Fluchtliniengesetzgebung gründen soll, ein Enteignungsverfahren ist und daß das Enteignungsverfahren überall, mindestens insoweit es sich um die dingliche Rechtsänderung (im Gegensatze zur Entschädigung) handelt, dem Verwaltungswege zugewiesen ist.

Dazu kommt aber noch, daß auch durch besondere Gesetzesvorschriften der Weg geregelt ist, auf dem die Berichtigung herbeizuführen ist. § 9 AG. z. GBO. bestimmt nämlich, daß die für den Ausspruch der Enteignung zuständige Behörde, sobald diese Entscheidung endgültig ergangen ist, das Grundbuchamt um die Berichtigung des Grundbuchs zu ersuchen hat.

Das Berichtigungsverfahren ist also so geregelt, daß die Mitwirkung des Enteigneten überhaupt ausgeschaltet ist und nicht der gerichtliche Prozeßweg auf Grund des § 894 BGB., sondern ein Verfahren der zuständigen Verwaltungsbehörde stattzufinden hat (Art. 109 EG. z. BGB., § 83 GBO., § 15 Nr. 2 EG. z. ZPO., § 13 GVG.).

Digitized by Google

Die Klage der Stadtgemeinde ist demnach mit Recht wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen worden, insoweit sie die Berichtigung des Grundbuchs zum Gegenstande hat.

II. (Zum Auflassungsverlangen.) Aber auch dem in zweiter Linie gestellten Klagantrage, den verklagten Grundeigentümer zur Auflassung an die Gemeinde zu verurteilen, kann nicht stattgegeben werden.

1) (Verlangen auf Grund des Gesetzes.) Soweit dieser Antrag auf das durch die Plangenehmigung verliehene Enteignungsrecht gestützt werden soll, steht auch ihm die Unzulässigkeit des Rechtswegs entgegen. Denn es gehört zum Begriffe der Enteignung, daß sie sich überhaupt ohne und gegen den Willen des betroffenen Eigentümers vollzieht. Sie besteht in einem Akt der Staatsgewalt, durch den das Eigentum dem Unternehmer (Enteignungsberechtigten) verliehen und dadurch dem bisherigen Eigentümer entzogen wird. Eine (obligationenrechtliche) Verpflichtung des Eigentümers selbst, sein Eigentum zu „übertragen", entspringt aus dem Enteignungsrecht nicht. Das Fluchtliniengesetz vermeidet es denn auch, wie andere altenburgische Gesetze von „Verpflichtung zur Abtretung" zu sprechen; es spricht von „Entziehung". Wie wenig passend der Ausdruck „Abtretung" ist, zeigt das Wegebaugesetz (§ 15), wenn es sich genötigt sieht, zu sagen: Der Privateigentümer ist die „Abtretung" zu „gestatten" verbunden. Der Eigentümer hat, wie der, dessen Grundstück zwangsweise versteigert wird, eben nur zu dulden, nicht Willenserklärungen abzugeben. Selbst nach der als überwunden anzusehenden Vertragstheorie (Zwangsverkauf) hält man eine eigene („Abtretungs"-) Erklärung des Eigentümers nicht für erforderlich, sondern betrachtet sie als „ersetzt" durch die Entscheidung der Enteignungsbehörde. Der Weg, kraft Enteignungsrechts das Eigentum zu erlangen, ist also in keinem Falle der, daß der Enteigner den zu Enteignenden auf Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragungserklärung durch gerichtliche Klage belangen kann, sondern der, daß der Enteigner sich an die zuständige Verwaltungsbehörde wendet und von ihr den Enteignungsbeschluß begehrt. Die Verleihung des Enteignungsrechts begründet nicht eine privatrechtliche (obligationenrechtliche) Forderung gegen den Eigentümer selbst, sondern nur einen verwaltungsrechtlichen Anspruch gegen die Enteignungsbehörde auf staatliche Erteilung des Eigentums (RG. 61, 108; 69, 71; Gierke a. a. O. § 128 N. 58 S. 477 f.).

2) (Verlangen auf Grund einer Einigung.) Ein Anspruch auf Auflassung kann also nicht auf den öffentlichrechtlichen

Digitized by Google

Grund der Verleihung des Enteignungsrechts, sondern nur auf einen bürgerlichrechtlichen Grund gestützt werden: er setzt einen Vertrag voraus, durch den sich der Eigentümer zur Uebertragung des Eigentums verpflichtet hat.

Den Abschluß eines solchen Vertrags findet nun die Klägerin in den mit dem Beklagten gepflogenen Verhandlungen. Dem kann indes nicht beigetreten werden. Denn ganz abgesehen davon, daß der Beklagte durch den Vermerk „keinen definitiven Abschluß" auf dem vom Bürgermeister zu den Akten genommenen Blatte zum Ausdruck gebracht hatte, daß nicht er einen Vertragsantrag machen, sondern einen solchen von den städtischen Körperschaften hören wollte, entspricht der Vertrag nicht den gesetzlichen Formvorschriften. Er war, auch wenn er zur Abwendung der Enteignung geschah, immerhin ein Vertrag, den er nicht abzuschließen brauchte, also ein freiwilliges Rechtsgeschäft (Gierke, DPrivR. S. 473; S. 493, 494 bei N. 140; S. 501 bei N. 178). Es handelt sich also um einen Vertrag, durch den der Eigentümer sich verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen. Ein solcher Vertrag bedarf, auch wenn er im Enteignungsverfahren abgeschlossen wird, der Form des § 313 BGB. Das Erfordernis der Einhaltung der zivilrechtlichen Formvorschriften erkennt auch § 17 Abs. 1 des preußischen Enteignungsgesetzes ausdrücklich an. Ebenso gehen die Motive zu Art. 12 § 1 Abs. 2 des preußischen AG. z. BGB. davon aus, daß auf solche Verträge die Vorschrift des § 313 BGB. Anwendung zu finden hätte, wenn nicht auf Grund des Vorbehalts im Art. 109 EG. z. BGB. eine Formerleichterung geschaffen werde. In Preußen ist deshalb Schriftform für genügend erklärt worden. Sachsen-Altenburg hat eine so weit gehende Erleichterung nicht geschaffen. Es hat nur auf Grund des Art. 142 EG. z. BGB. die Zuständigkeit zur Beurkundung im Sinne des § 313 BGB. auf die Enteignungsbehörde ausgedehnt (§ 50 AG. z. BGB.), das Beurkundungserfordernis selbst aber beibehalten.

Ob nun überhaupt der Stadtrat eine für das Entscheidungsverfahren „zuständige" Behörde im Sinne des § 50 AG. z. BGB. war, kann dahingestellt bleiben. Denn weder liegt eine Berukundung durch ein Mitglied (sondern nur durch einen Untergebenen — das Gesetz vom 15. März 1909 S. 4 kommt nicht in Frage —) dieser Behörde vor, noch liegt eine Protokollierung der Erklärungen beider Vertragsteile über alle wesentlichen Erfordernisse eines Vertrags vor. Auch wenn man nämlich gemäß § 128 BGB. die Aufnahme mehrerer

Digitized by Google

Protokolle als zulässig ansieht und die Beurkundung der Offerte des Stadtrats gemäß § 50 AG. z. BGB. schon im Ratssitzungsprotokolle erblickt, so fehlt es doch an einem Protokolle über die Annahmeerklärung des anderen Vertragsteiles (des Beklagten). Denn nach dem Protokolle des Registrators vom 12. Dezember 1906 hat der Beklagte nur die städtischen Beschlüsse mitgeteilt erhalten, selbst aber keine Erklärungen über den Abschluß des Vertrags zu Protokoll erklärt. Fehlt also die nach § 128 BGB. noch erforderliche Beurkundung der Annahmeerklärung, so ist eine Beurkundung eines Vertragsabschlusses nicht zustandegekommen.

Von einem bindenden Vertrage, durch den sich der Beklagte zur Eigentumsübertragung verpflichtet hätte, kann daher keine Rede sein. Der daraus hergeleitete Anspruch auf Auflassung ist also als unbegründet abzuweisen.

Er wäre ein rein zivilrechtlicher, und insoweit kommt daher eine Abweisung „wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs" nicht in Frage. Mit Rücksicht darauf müssen in der landgerichtlichen Urteilsformel diese Worte gestrichen werden, im übrigen verbleibt es bei der Klagabweisung. Die Berufung ist deshalb mit der ebenerwähnten Veränderung zurückzuweisen. Einer Zurückverweisung nach § 538 Nr. 2 ZPO. bedarf es nicht. Denn das angefochtene Urteil betrifft nicht den aus einem Vertrag hergeleiteten Anspruch auf Auflassung. Es weist, wie seine Gründe ergeben, nur den aus § 9 des FlLG. hergeleiteten Auflassungsanspruch wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zurück. Der auf den Vertrag gestützte Auflassungsanspruch ist dagegen erst in zweiter Instanz daneben neu geltend gemacht worden. Es war deshalb zulässig, über diesen sachlich zu entscheiden (RG. 29, 419).

III. (Verlangen der Einleitung des Enteignungs- und Abschätzungsverfahrens.) Zur zwangsweisen Enteignung auf Grund des Fluchtlinienplans ist nach dem Ausgeführten ein den Vorschriften in § 49 AG. zum BGB., § 9 AG. zum GBO. entsprechender besonderer Ausspruch der zuständigen Verwaltungsbehörde über die Rechtsänderung (Enteignungserklärung) erforderlich. Da ein solcher Ausspruch noch nicht ergangen ist, liegt eine staatliche Eigentumserteilung an die Gemeinde und daher auch eine Entziehung des Eigentums im Sinne des Fluchtliniengesetzes noch nicht vor. Es ist daher an sich richtig, daß eine Entschädigung auf Grund des Fluchtliniengesetzes noch nicht fällig ist; denn sie soll nur im Falle der Entziehung von Grundeigentum (§ 10), also nur bei dauernder und vollständiger Rechtsaufhebung

Digitized by Google

gewährt werden. Den Grundsatz, den die Enteignungsgesetze anderer Staaten und auch das altenburgische Wassergesetz (§§ 149, 176) haben, daß erst nach „vorgängiger" Entschädigung das Eigentum erlangt werden kann, kennt das altenburgische Recht nicht allenthalben. Das Grundgesetz vom 29. April 1831 (§ 54) spricht nur davon, daß „im Falle" der Inanspruchnahme von Privateigentum „Entschädigung für den Verlust bewilligt" werden muß. Das Edikt vom 18. April 1831 (§ 47) erläutert dies als „Abtretung gegen Entschädigung" (vergl. dazu Grundgesetz § 55 Abs. 2). Unter Bezugnahme auf diese Bestimmungen spricht das Wegebaugesetz (§§ 5, 15) von der „Abtretung gegen Entschädigung" und von der Verpflichtung, „die Abtretung zu gestatten (!), jedoch nur gegen ausreichende Entschädigung". (Ebenso der Entwurf des neuen Wegegesetzes § 28, LdschMitt. 07/09 II, S. 68). Die Eisenbahnmandate sprechen zwar auch davon, daß der Eigentümer gegen Entschädigung abzutreten verpflichtet sei (1841, 25; 1856, 29; 1863, 172 je § 1), und zwar insoweit in Uebereinstimmung mit dem vorbildlichen sächsischen Gesetze vom 3. Juli 1835 (S. 371) § 1. Aber die dazu ergangenen Instruktionen weichen bewußt von dem sächsischen Vorbilde darin ab, daß sie die Ueberweisung nicht wie dieses (Verordnung vom 3 Juli 1835, S. 382, § 22) von der vorgängigen Zahlung der kommissarisch ausgeworfenen Entschädigungssumme abhängig machen, sondern schon alsbald nach der Feststellung des Gegenstandes und nach der kommissarischen (einstweiligen) Feststellung der Entschädigung eintreten lassen, die Zahlung aber erst später erfordern (altenburgische Instruktionen 1841 S. 30 §§ 18, 23; 1856 S. 33 §§ 16, 21, 23; 1863 S. 177 §§ 16, 21, 23). Hiernach kann zweifelhaft sein, ob die Worte „gegen Entschädigung" wie gewöhnlich gleichbedeutend sind mit „Zug um Zug mit Entschädigung". Jedenfalls kann aber höchstens Zug-um-Zug-Leistung, nicht aber Vorleistung der Entschädigung als Regel des altenburgischen Enteignungsrechts angesehen werden. Auch § 17 des Wegebaugesetzes, den das Zitat „§ 15 fl." in § 11 des Fluchtliniengesetzes wohl mit trifft, scheint auf dem Standpunkte zu stehen, daß eine Vorleistung der Entschädigung vor der sogenannten „Abtretung" nicht stattzufinden hat, sondern die Entschädigung sogar in der Regel der Enteignung erst nachfolgt.

Wenn aber hiernach auch noch kein fälliger Entschädigungsanspruch nach dem Fluchtliniengesetze vorliegt, so kann jedoch daraus nicht gefolgert werden, daß der Grundeigentümer völlig der Willkür der Gemeindeverwaltung derart preisgegeben wäre, daß diese ohne Ent-

Digitized by Google

eignung ihm sein Grundstück tatsächlich wegnimmt, die Herbeiführung eines Enteignungs- und Abschätzungsverfahrens unterläßt und dem ein solches Verfahren fordernden Eigentümer entgegengehalten wird: er habe ja noch keinen Entschädigungsanspruch, weil er noch nicht enteignet sei. Wie oben ausgeführt ist, erlangt die Gemeinde durch die Genehmigung des Fluchtlinienplans nicht etwa das Recht zur Besitzergreifung ohne Enteignungsverfahren. Entzieht eine Gemeinde außerhalb des Enteignungsverfahrens einem Privateigentümer den Besitz seines Grundstücks, so begeht sie, wie jeder andere, eine rechtswidrige Besitzentziehung, verbotene Eigenmacht, Eigentumsstörung, wegen deren sie herausgabepflichtig und bei Verschulden schadensersatzpflichtig ist (vergl. RGZ. 69, 50). Ein solches Verschulden liegt, wenn es nicht von vornherein vorlag — Fahrlässigkeit genügt — zum mindesten in dem weiteren Verhalten: die Gemeindeverwaltung weiß, daß der Eigentümer X zur Zeit der Besitzergreifung Eigentümer war, sie hat von der Besitzergreifung Kenntnis und hat gleichwohl den Besitz behalten. Der hiernach gegebene Schadensersatzanspruch des Eigentümers geht darauf, daß ihm das gewährt wird, was ihm zuteil würde, wenn die Gemeinde rechtmäßig verfahren wäre. Die Gemeinde hat das Grundstück zur Ausführung des Fluchtlinienplans an sich gezogen und will es dauernd wie ihr Eigentum behalten. Sie hat durch die Besitzergreifung und die Einverleibung in eine öffentliche Ortsstraße tatsächlich und wirtschaftlich dasselbe erlangt, was sie im Enteignungsverfahren erlangt hätte, und ebenso hat der Kläger das Grundstück durch die dauernde Einbeziehung in die öffentliche Straße dauernd, wenn auch noch nicht dem Rechte, so doch der wirtschaftlichen Benutzbarkeit nach, vollständig verloren. Er muß daher verlangen können, daß ihn die Gemeinde in derselben Weise entschädigt, wie im Falle der Enteignung, und daß die Entschädigung in demselben Verfahren festgesetzt wird, wie im Enteignungsfalle.

Das hierfür geordnete Verfahren kann aber nach gesetzlicher Vorschrift nicht vom Eigentümer, sondern nur von der Gemeindebehörde beantragt werden (§ 11 FlLG.). Der Eigentümer kann aber deshalb nicht gezwungen sein, machtlos abzuwarten, ob überhaupt und wann die Gemeindebehörde das Abschätzungsverfahren betreiben will. Er muß einen Weg haben, auf dem er die entschädigungspflichtige Gemeinde zwingen kann, den Antrag auf Einleitung des Abschätzungsverfahrens zu stellen.

Das preußische Recht gibt in solchen Fällen dem Eigentümer ein Klagerecht; er kann im Wege des Zivilprozesses verlangen, daß

Digitized by Google

die Gemeinde verurteilt wird, den Antrag beim Bezirksausschusse zu stellen. Das beruht auch in Preußen nicht auf einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung, ist aber in der Praxis, insbesondere auch in einer größeren Reihe von Entscheidungen des Reichsgerichts, ständig anerkannt worden.

Dieses Klagerecht muß auch für das altenburgische Recht anerkannt werden. Die Gründe, die für das preußische Recht dazu geführt haben, treffen auch für das altenburgische zu; die Verschiedenheiten beider Rechte spielen dabei keine Rolle. Insbesondere wird die Zulässigkeit einer gerichtlichen Klage nicht etwa daraus hergeleitet, daß in Preußen, anders als in Altenburg, über die Höhe der zunächst verwaltungsbehördlich festzusetzenden Entschädigung schließlich noch das Gericht angerufen werden kann. Auch wird niemals etwa auf die Bestimmung in § 14 Abs. 2 des preußischen Fluchtliniengesetzes zur Begründung Bezug genommen. Ebensowenig spielt dabei der Umstand eine entscheidende Rolle, daß in Preußen das Abschätzungsverfahren dem Enteignungsausspruche vorausgehen muß. Wenn für Altenburg die Möglichkeit anzunehmen ist, daß die Gemeinde zunächst nur die Enteignungserklärung herbeiführt, das Abschätzungsverfahren einzuleiten aber unterlassen kann, so wäre dies sogar noch ein weiterer Grund für die Zulassung der Klage auf diese Abschätzungsbeantragung. Das Klagerecht wird vielmehr damit begründet, daß die tatsächliche Wegnahme und Verwendung der Fläche der Gemeinde wirtschaftlich dasselbe verschaffe, was sie bei Enteignung erlange, und dem Eigentümer wirtschaftlich, und zwar durch Einverleibung in eine öffentliche Straße, unwiderbringlich die Grundfläche ebenso entziehe, wie durch Enteignung, und daß deshalb die Gemeinde verpflichtet sei, dem Eigentümer die ihm in Enteignungsfällen zustehende Entschädigung zu gewähren und daher auch in dem für Enteignungsfälle geordneten Verfahren feststellen zu lassen; die Beantragung des Entschädigungsfeststellungsverfahrens sei der notwendige erste Schritt zur Erfüllung der Entschädigungspflicht.

Aus diesen Gründen ist dem Antrage, die Stadtgemeinde zu verurteilen, daß sie die Einleitung des Abschätzungsverfahrens beantrage, stattzugeben.

Für die Zulässigkeit des Abschätzungsverfahrens dürfte es allerdings nicht als Voraussetzung anzusehen sein, daß die „Enteignung" bereits erfolgt sei. Denn es kann sehr wohl eine Entschädigung auch für den (nahe) bevorstehenden Fall der Enteignung festgesetzt werden, wie dies ja in Preußen und Sachsen und im altenburgischen

Digitized by Google

Wassergesetz sogar die Regel ist und wie ja auch bei den altenburgischen Enteignungen für Eisenbahnen in der Regel schon gleichzeitig mit der Entscheidung über die Abtretung und vor der auch dinglich bedeutsamen Ueberweisung (Enteignungserklärung) die (kommissarische) Entschädigungsfestsetzung erfolgen soll.

Jedoch ist der Senat der Ansicht, daß die Verurteilung zur Stellung des Antrages auf Abschätzungsverfahren nicht ohne gleichzeitige Verurteilung zur Herbeiführung der Enteignungserklärung angängig ist, weil in Sachsen-Altenburg — anders wie in Preußen — die Entschädigung, wenn sie auch vorher „festgesetzt" werden kann, nicht vor dem Erlaß der Enteignungserklärung „fällig" wird, diese daher ebenfalls ein notwendiger Schritt zur Erlangung der fluchtliniengesetzmäßigen Entschädigung ist, die der Eigentümer ja erstrebt; er will ja nicht nur etwa Entschädigung für rechtswidrige Besitzentziehung, sondern die volle Entschädigung für gänzliche Eigentumsentziehung.

Es war daher nach dem zweiten Berufungsantrage des Eigentümers zu erkennen.

Dies hatte jedoch mit der Abweichung zu geschehen, daß die zuständige Behörde in der Urteilsformel nicht mit namhaft gemacht wird. Ueber ihre Zuständigkeit haben die Verwaltungsbehörden selbst zu entscheiden, mindestens zunächst; ob später das Grundbuchamt zu prüfen hat, ob die um Berichtigung ersuchende Behörde die gesetzlich „zuständige", „befugte" Behörde im Sinne von § 39 GBO., § 9 AG. z. GBO. ist, ist jedenfalls jetzt nicht zu entscheiden. In Preußen pflegt zwar bei Verurteilungen der hier vorliegenden Art auch die Behörde, bei der der Antrag zu stellen ist, im Urteile namhaft gemacht zu werden. Das erscheint jedoch nur angängig, wo, wie in Preußen infolge ausdrücklicher Gesetzesbestimmungen (§ 150 ZustG.) die Zuständigkeit keinem Zweifel unterliegen kann. In Altenburg sind jedoch — von der Zuständigkeit des Landratsamtes für den Verfahrensabschnitt der Entschädigungsfeststellung (§ 11 FlEG.) abgesehen — solche Zweifel nicht ausgeschlossen. Der Ausspruch der dinglichen Rechtsveränderung selbst wird im Grundgesetz (§ 54) und Edikt (§ 47) für jeden konkreten Fall gegenüber dem einzelnen Eigentümer der „Landesregierung" (jetzt Ministerialabteilung des Innern) zugewiesen, damit also grundsätzlich einem anderen Organe als dem, das die Entschädigung festzusetzen hat (GG. § 54 Abs. 2); ebenso im Wegebaugesetz. In späteren Enteignungsspezialgesetzen oder -verordnungen ist die dingliche Entscheidung jedoch vielfach derselben

Digitized by Google

Behörde zugewiesen, die auch über die Entschädigung entscheidet (WasserG. § 152; Eisenbahnmandate 1841, 1856, 1863 je § 5 mit Instruktion je § 1; in Abweichung von § 22 der Instruktion von 1841 sprechen je in § 20 die Instruktionen von 1856 und 1863 klar aus, daß die Landesregierung nur noch als Rechtsmittelinstanz zuständig ist). Ferner ist für Enteignungen zu Kommunikations- und Vizinalwegen die bisherige Zuständigkeit der Landesregierung zur Enteignungserklärung auf den Kreishauptmann (jetzt das Landratsamt) übertragen worden (1865, S. 316 Ziff. II). Es ist also nicht ausgeschlossen und mit Rücksicht auf Zweckmäßigkeit einer solchen Vereinigung aller Verfahrensteile in der Hand einer und derselben Behörde nicht unwahrscheinlich, daß auch für Ortsstraßen das Landratsamt, dem die Entscheidung über die Entschädigung obliegt, auch die Enteignungserklärung übertragen sein soll. Endlich besteht aber auch eine Ansicht, daß der Vorstand der enteignungsberechtigten Gemeinde (Stadtrat, Dorfgemeindevorsteher) zugleich auch selbst die für den Ausspruch der Rechtsveränderung zuständige Enteignungsbehörde sei. — Es muß demnach die Namhaftmachung der zuständigen Behörde hier unterbleiben. Doch sei zur Auslegung der Urteilsformel noch bemerkt: Falls (abweichend vom WasserG. § 182, FischereiG. § 49 Abs. 1 mit § 48 Abs. 3; vergl. auch 1900 S. 12 § 2 Abs. 2 c[1]); ferner anders, als in anderen Staaten, insbesondere sächs. Baugesetz 1900 § 73, Reuß j. L. Fluchtliniengesetz 1907 S. 35 § 47 Abs. 1) in Sachsen-Altenburg für den Ausspruch der Rechtsänderung zugunsten der Gemeinde der Vorstand dieser Gemeinde selbst als zuständige Behörde im Sinne des § 49 AG. z. BGB. und des § 9 AG. z. GBO. anzusehen ist, soll durch die auf diesen weniger wahrscheinlichen Fall nicht mit zugeschnittene Fassung der Urteilsformel nicht ausgeschlossen sein, daß die Gemeindebehörde als Vertreterin der verurteilten enteignungsberechtigten Unternehmerin bei sich selbst als

1) Vergl. ferner die Fälle des § 16 GewO. Werden solche Anlagen im Stadtgebiet errichtet, so ist nach landesherrlicher AusfV. (1869, 151 § 5) ausnahmslos der Stadtrat die zuständige Behörde. In Fällen aber, wo die Stadtgemeinde selbst die Unternehmerin war (Gasanstalten), hat das Ministerium entschieden, daß die an sich gegebene Zuständigkeit des Stadtrats durch sein Interesse an der Angelegenheit ausgeschlossen sei, und das Landratsamt beauftragt, die obrigkeitlichen Funktionen im Sinne der §§ 16 ff. GewO. wahrzunehmen. — Auch das spricht dafür, daß das altenburgische Recht den im Wassergesetz usw. ausdrücklich anerkannten Grundsatz allgemein kennt und er daher auch auf Enteignungen nach anderen Gesetzen, insbesondere dem FlLG., anzuwenden ist. — D. E.

Digitized by Google

gleichzeitiger Enteignungsbehörde den staatlichen Enteignungsausspruch zu beantragen oder sonstwie herbeizuführen hat.

Gegen die Verurteilung zur Beantragung des Abschätzungsverfahrens hat die Beklagte mit Unrecht eingewendet, es liege bereits eine gütliche Einigung vor. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob eine solche Einigung überhaupt ein formelles Verfahrenshindernis und nicht bloß, wie ein dem Zivilprozeß vorausgegangener Vergleich, von materieller Bedeutung ist. Denn eine Einigung liegt nicht vor. Wie oben ausgeführt ist, unterliegt jede solche Einigung, die vor der Enteignung liegt, und daher auch die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums noch mit zum Gegenstande hat, den bürgerlichrechtlichen Formvorschriften über Grundstücksverträge, namentlich also dem § 313 BGB. Da dessen Formvorschrift, wie oben ausgeführt ist, nicht erfüllt ist, liegt eine rechtsgültige Einigung und damit das behauptete Hindernis des Abschätzungsverfahrens nicht vor.

Demgemäß war das die Klage des Eigentümers zur Zeit abweisende Urteil in eine alsbald verurteilende Entscheidung abzuändern.

Urteile des 3. Zivilsenats vom 8. April 1909, 3 U 123/08 und 129/08 (nach Altenburg).

2. Strafrecht und Strafverfahren.

1. Lärm ist ruhestörend schon dann, wenn er **geeignet** ist, das Publikum zu belästigen. — Bellen von Hunden als **ungebührlicher** Lärm. — Was gehört zum **Vorsatz** bei der Erregung ungebührlichen Lärms?

Die Vorinstanzen haben dem Angeklagten das Bellen zweier Hunde als von ihm ungebührlicherweise erregten ruhestörenden Lärm zugerechnet und ihn auf Grund des § 360 Ziff. 11 StGB. verurteilt.

Das Landgericht hat festgestellt, daß durch das Gebell der Hunde des angeklagten Försters von dessen Nachbarn die am nächsten der Försterei wohnenden Pfarrerseheleute in ihrer Ruhe gestört worden sind. Eine Störung der Ruhe des Publikums — im Gegensatz zu einzelnen Personen — liegt demnach allerdings nicht vor. An den besonderen Umständen, unter denen die Bewohner eines Hauses als Teil des Publikums gelten können — vergl. RG. 13, 366 — fehlt es für die Bewohner des Pfarrhauses nach dem festgestellten Sachverhalt durchaus. Es fragt sich aber, ob der § 360 Ziff. 11 für den hier fraglichen Uebertretungstatbestand den Eintritt einer Störung der Ruhe, einer Belästigung des Publikums erfordert.

Digitized by Google

Der Strafsenat des Oberlandesgerichts hat in der in 50, 114 der ThürBl. abgedruckten Entscheidung die Frage bejaht.

Bei der erneuten Prüfung der Rechtsfrage ist der Strafsenat nunmehr zu ihrer Verneinung gelangt, aus folgenden Erwägungen:

Die Entstehung des § 360 Ziff. 11 läßt sich zurückführen auf das Preußische „Bubengesetz" vom Jahre 1774 (§ 183 Teil 2 Titel 20 AllgLdR.), dieses lautete:

„Mutwillige Buben, welche auf den Straßen oder sonst Unruhe erregen oder grobe Unsittlichkeiten verüben, sollen mit . . . . . Strafe belegt werden."

Es erhielt eine Ergänzung durch die sogenannte Tumultsverordnung vom 17. August 1835. Diese setzte an Stelle von „auf den Straßen oder sonst" die Worte: „auf Straßen und an öffentlichen Orten", bediente sich zuerst des Ausdrucks „Unfug" und dehnte die Strafen auf „andere Personen" aus.

Bei den Entwürfen zu einem Preußischen Strafgesetzbuch hat man das Bubengesetz und die Tumultsverordnung zum Ausgangspunkt der Vorschriften über Lärm und Unfug genommen. Der Entwurf von 1847 sagte in § 435:

„Wer durch ungebührliche Reden und Handlungen ruhestörenden Lärm oder öffentliches Aergernis erregt".

Später setzte man statt „ungebührliche Reden und Handlungen" das Wort „ungebührlicherweise" und strich die Worte „öffentliches Aergernis". So kam man zu der Fassung des PrStGB. § 340 Nr. 9:

„Wer ungebührlicherweise ruhestörenden Lärm erregt oder groben Unfug verübt".

Die Bestimmung stand in dem von den Uebertretungen handelnden III. Teil PrStGB. unter dem Abschnitt: „Uebertretungen in bezug auf die Sicherheit des Staates und die öffentliche Ordnung".

In gleicher Fassung und mit gleicher Titelüberschrift ging die Bestimmung in den Entwurf eines Strafgesetzbuchs f. d. Nordd. Bund (§ 348 Nr. 9) über. Die Motive dazu enthalten die Bemerkung, daß die in dem Abschnitte vorgesehenen Handlungen eine überall gleichschädlich wirkende und darum gleichmäßig zu ahndende Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung enthalten.

Diese Vorschriften sind dann in den § 360 Ziff. 11 StGB. übergegangen. Daraus ergibt sich zunächst, daß die Strafvorschriften über Lärm und Unfug von jeher Zwillingsgeschwister gewesen und beide Uebertretungstatbestände unter dem Gesichtspunkte von Verletzungen der öffentlichen Ordnung unter Strafe gestellt worden sind.

Digitized by Google

Eine Verletzung der öffentlichen Ordnung stellt Lärm und Unfug unzweifelhaft dann dar, wenn dadurch die Allgemeinheit in Mitleidenschaft gezogen, das Publikum beunruhigt oder belästigt wird. Als notwendig zum Begriff der Ordnungsverletzung kann aber der Eintritt eines solchen Erfolgs nicht angesehen werden. Lärm und Unfug ist mit der guten Ordnung im Gemeinwesen unverträglich und um deswillen eine Ordnungsverletzung sicherlich auch dann, wenn er zur Beunruhigung oder Belästigung der Oeffentlichkeit, des Publikums geeignet ist, und nur besonderer Umstände halber nicht tatsächlich dazu geführt hat.

Lärm und Unfug solcher Art unter Strafe zu stellen, bestehen kriminalpolitische Bedenken jedenfalls nicht. Scheidet man doch auch sonst ganz allgemein die strafbaren Tatbestände in Gefährdungs- und Verletzungsdelikte und sind insbesondere im Strafgesetzbuch unter dem Titel „Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung", ebenso Gefährdungen wie Störungen des öffentlichen Friedens unter Strafe gestellt.

Beachtet man, daß nach der Richtung des Erfolgs beide Tatbestände des § 360 Ziff. 11 hingesehen auf die Einheitlichkeit ihrer Entstehungsgeschichte und ihres Zwecks eine gleichmäßige Auslegung beanspruchen, daß soweit in einem älteren Gesetzentwurfe der Eintritt eines Erfolges (öffentliches Aergernis) unzweideutig vorgesehen war, dieses Erfordernis gestrichen worden ist, daß in Beziehung auf den groben Unfug die Fassung des Gesetzes nicht den mindesten Anhalt dafür bietet, daß der Eintritt einer Störung des Publikums für den Tatbestand erforderlich sei und daß beim Unfug dieses Erfordernis die Rechtsprechung auch einmütig verneint hat, so muß man notwendig für den Tatbestand des strafbaren Lärms zu dem gleichen Ergebnisse gelangen, es sei denn, daß die Fassung des Gesetzes eine solche Auslegung ausschließt; das ist aber nicht der Fall. Das Wort „ruhestörend" kann ebensogut eine Wirkung als eine Eigenschaft des Lärms bezeichnen.

Für seine Auslegung in dem letzten Sinne spricht schließlich auch die Erwägung, daß bei gegenteiliger Auslegung die Anwendung des Gesetzes häufig auf Schwierigkeiten stoßen würde, die mit seinen Strafandrohungen im Mißverhältnis stehen würden.

Die abweichende Auffassung des Strafsenats wurde im wesentlichen gestützt auf den Wortlaut des Gesetzes (Verb: ruhestörend), auf die Autorität Franks und auf die RGEntsch. 13, 366.

Daß die Wortfassung, die auch Frank zur Grundlage seiner

Digitized by Google

Ansicht macht, zweideutig und deshalb nicht beweiskräftig ist, darauf ist bereits hingewiesen worden.

Das Reichsgericht hatte in seiner Entscheidung nach Lage des Falles gar keine Veranlassung, sich mit der Streitfrage zu befassen, es hat dies auch nicht grundlegend getan. Es erwähnt nur nebenher, daß sich der strafbaren Lärmerregung schuldig macht, wer das Publikum durch Lärm gefährde oder ungebührlich belästige. Will man der Wendung Gewicht beizulegen, so kann sie nur gegen die frühere Ansicht des Strafsenates ins Gewicht fallen, denn sie besagt, daß der Eintritt einer Belästigung des Publikums nicht unbedingt zu erfordern sei, daß eine Gefährdung genügte. Eine Gefährdung der Ruhe des Publikums liegt aber jedenfalls dann vor, wenn der Lärm zur Belästigung des Publikums geeignet ist.

Daß übrigens die jetzt vom Senat vertretene Auslegung, die in Judikatur und Literatur vorherrschende ist, bezeugt Frank selbst.

Die ruhestörende Eigenschaft des Hundegebells in dem eben erörterten Sinne hat die Vorinstanz einwandfrei festgestellt.

Bei der Prüfung der Frage, ob der Angeklagte den Lärm ungebührlicherweise erregt habe, hat die Vorinstanz erwogen, daß die Benutzung von Hunden zur Bewachung von Haus und Hof an sich erlaubt und gerechtfertigt sei, daß aber das freie Umherlaufen mehrerer Hunde nicht nur im Hofe, sondern auch in dem angrenzenden Garten und das zugelassene andauernde Bellen der Hunde sich als eine mißbräuchliche Ueberschreitung der gedachten Befugnis und damit als eine Ungebühr kennzeichne. Darin ist ein Rechtsirrtum nicht erkennbar.

Was den subjektiven Tatbestand der Uebertretung anlangt, so hat das Landgericht darüber nichts festgestellt in bezug auf das Merkmal „ungebührlicherweise"; es war aber auch rechtlich dazu nicht genötigt, weil der Angeklagte nach dieser Richtung den Vorsatz, soviel ersichtlich, nicht bestritten hat.

Daß die Vorinstanz etwa hier rechtsirrtümlich Vorsatz nicht für erforderlich gehalten habe, dafür spricht nichts.

Im übrigen gehört zum Vorsatz:

1) daß der vom Angeklagten verursachte Lärm mit dessen Wissen und Willen erregt worden ist,

2) daß der Angeklagte sich dessen bewußt war, daß der Lärm die Allgemeinheit, das Publikum zu stören geeignet war.

Wenn das Landgericht ausführt, der Angeklagte habe geeignete Vorkehrungen, um andere vor Hundegebell zu schützen, nicht getroffen,

Digitized by Google

trotzdem er von den Pfarrersleuten mehrfach darum gebeten worden sei, dies spreche für böswilliges Unterlassen, und wenn es dann diese Folgerung des weiteren noch begründet, so hat es damit zunächst deutlich den Vorsatz in bezug auf die Lärmerregung festgestellt. Mit dem subjektiven Tatbestand in bezug auf das Merkmal „ruhestörend" befaßt sich dann die Ausführung der Vorinstanz, der Angeklagte habe sich sagen müssen, daß durch das Hundegebell andere, nicht bloß der Pfarrer, gestört werden könnten, er habe trotzdem die nötigen Vorkehrungen zu treffen unterlassen.

Wörtlich genommen stellt die Wendung nicht, wie die Vorinstanz meint, den dolus eventualis, sondern nur eine Fahrlässigkeit fest. Nach dem ganzen Sachzusammenhange kann aber unbedenklich angenommen werden, daß das Landgericht Vorsatz, nicht Fahrlässigkeit für erforderlich gehalten und die Wendung: „er mußte sich sagen" im Sinne von „er hat sich gesagt" gebraucht und den dann vorliegenden dolus directus irrtümlich als dolus eventualis bezeichnet hat. So verstanden tragen die Feststellungen das Urteil.

Urteil des Strafsenats vom 7. Januar 07, S 101/06 (nach Altenburg).

2. Zur Auslegung des Vereinsgesetzes. Für die Strafbarkeit aus § 18 Ziff. 2 ist nicht entscheidend, ob bei der Einberufung der Versammlung die Absicht bestand, daß sie öffentlich sei.

Politische Versammlungen, d. h. öffentliche Versammlungen zur Erörterung politischer Angelegenheiten, müssen mindestens 24 Stunden vor ihrem Beginn der Polizeibehörde angezeigt werden, wenn nicht gewisse, im vorliegenden Falle feststehendermaßen nicht in Betracht kommende Ausnahmen vorliegen (§§ 5, 6 des VereinsG.). Findet eine derartige Versammlung statt, ohne daß die Anzeige erstattet ist, so werden Veranstalter und Leiter mit Geldstrafe bis zu 150 M., im Unvermögensfalle mit Haft bestraft (§ 18 Ziff. 2 des Gesetzes). Diese Vorschriften sind, wie allseitig anerkannt ist, rein polizeilicher Natur, zur Bestrafung genügt fahrlässiges Handeln. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß der Veranstalter oder Leiter weiß, daß die Anzeige erforderlich war und unterblieben ist, wenn er es nur bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt und Umsicht wissen konnte. Ein Irrtum bezüglich des Strafgesetzes schützt nicht (von Sartor, VereinsG. § 18 Bem. 7; Hieber u. Bazille, VereinsG. § 18 Bem. 3; Müller u. Schmidt, VereinsG. § 18 Ziff. 2;

Digitized by Google

Delius, Vereins- u. Versammlungsrecht, 4. Aufl., S. 501; vergl. auch § 59 Abs. 2 StGB.). Gegen diese Grundsätze verstößt das Berufungsgericht, indem es davon ausgeht, daß es darauf ankomme, ob der Angeklagte bei der Aufgabe der Einladungsannonce den Willen gehabt habe, eine öffentliche Versammlung zu veranstalten. Es verwechselt dabei die Tatbestände des § 5 und des § 18 Ziff. 2 des Gesetzes. Allerdings legt der erstere demjenigen, der eine politische Versammlung „veranstalten will", die Verpflichtung auf, hiervon mindestens 24 Stunden vor dem Beginn der Versammlung der Polizeibehörde Anzeige zu erstatten. Allein die Erfüllung dieser Pflicht ist nicht unter Strafe gestellt. Das Veranstalten-wollen ist strafrechtlich ganz bedeutungslos. Strafbar ist vielmehr, wer eine Versammlung veranstaltet oder leitet, ohne daß die vorgeschriebene Anzeige erstattet ist. Vorgeschrieben ist die Anzeige, wenn die Versammlung objektiv eine öffentliche, zur Erörterung politischer Angelegenheiten bestimmte ist und die Ausnahmen des § 6 des Gesetzes nicht vorliegen. Aus welchen subjektiven Gründen die Anzeige unterblieben ist, insbesondere ob dies deshalb geschah, weil der Einberufer zur Zeit der Veröffentlichung der Einberufung an eine nichtöffentliche Versammlung dachte, ist belanglos. Das zeigt sich besonders deutlich, wenn man den Fall einer Anklage gegen den Versammlungsleiter vorstellt, der nicht auch Einberufer oder Veranstalter ist. Unmöglich kann für die Beurteilung seines Verhaltens etwas darauf ankommen, was sich der Einberufer bei Unterlassung der Anzeige gedacht hat. Der Fall des Veranstalters liegt aber rechtsgrundsätzlich vollkommen gleich. Wesentlich ist allein, ob der Veranstalter oder Leiter einer öffentlichen Versammlung zu einer Zeit, wo die Veranstaltung oder Leitung noch unterbleiben oder rückgängig gemacht werden konnte, erkennt oder aus Fahrlässigkeit nicht erkennt, daß die Anzeige geboten und unterblieben war. Mochte also der Angeklagte bei Aufgabe der Einladungsannonce den Willen haben, eine öffentliche Versammlung zu veranstalten, so kann er doch nicht gestraft werden, wenn es demnächst nicht wirklich zu einer öffentlichen Versammluug gekommen ist (von Sartor a. a. O. Bem. 2e). Umgekehrt kann er sich bei Aufgabe der Einladungsannonce die Versammlung als eine nichtöffentliche vorgestellt haben und doch strafbar sein, weil die Versammlung eine öffentliche wurde und dieser Erfolg ihm zugerechnet werden kann.

Hiernach ist bei der künftigen Verhandlung vor allen Dingen festzustellen, ob die am 10. August 1908 veranstaltete Versammlung

Digitized by Google

tatsächlich eine öffentliche gewesen ist oder nicht. Sie braucht es nicht schon deshalb gewesen zu sein, weil die Einladung in der Reußischen Zeitung vom Publikum als eine an alle Angehörigen der sozialdemokratischen Partei schlechthin gerichtete verstanden werden mußte. Denn möglicherweise waren die Veranstaltungen im übrigen so getroffen, daß die Oeffentlichkeit der Versammlung ausgeschlossen war, und nur die Vereinsmitglieder Zutritt hatten, für die die Einladung angeblich allein bestimmt gewesen ist.

Umgekehrt schließt der Umstand, daß tatsächlich blos Vereinsmitglieder anwesend gewesen sein sollen, nicht aus, daß die Versammlung auch für andere Personen ohne weiteres zugänglich, also öffentlich gewesen ist. Ist aber die Oeffentlichkeit festgestellt, dann muß die Frage der Verantwortlichkeit des Angeklagten von dem hier dargelegten Ausgangspunkte aus geprüft werden, ob das Verhalten des Angeklagten, als welches keineswegs nur die Aufgabe der Einladungsannonce in Betracht kommt, für die Oeffentlichkeit der Versammlung irgendwie kausal gewesen und ob er sich dessen bewußt geworden ist oder bei Anwendung der gebotenen Aufmerksamkeit hätte bewußt werden können. Das ist bisher nicht geschehen, und deshalb kann auch die höchst unbestimmte und allgemeine, vom Standpunkt des Berufungsgerichts aus überhaupt gegenstandslose Bemerkung, gegen den Schluß der Urteilsbegründung die Freisprechung des Angeklagten nicht tragen, daß er „alles getan habe, was ein sorgfältiger Mann zu tun pflegt, um einen Konflikt mit dem Gesetze zu vermeiden". Auch die vom Angeklagten in der Revisionsverhandlung aufgestellte Behauptung, daß die Versammlung überhaupt nicht abgehalten worden sei, konnte nicht zur Aufrechterhaltung des Urteils führen, denn sie steht in Widerspruch mit dessen tatsächlichen Feststellungen. Der Angeklagte verwechselt bei seiner Behauptung den Vortrag, zu dessen Anhörung die Versammlung berufen war, mit der Versammlung selbst. Zu dem Vortrag ist es nicht gekommen, die Versammlung aber hatte begonnen. Daß sie sich auflöste, ohne daß ihr Zweck erreicht wurde, ist gleichgültig.

Urteil des Strafsenats vom 5. April 1909, S 22/09 (nach Greiz).

3. Rechtshilfe. Ist einem Ersuchen zu entsprechen, das darauf gerichtet ist, einen Angeklagten zu befragen, ob er wegen großer Entfernung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden sein

Digitized by Google

wolle, ihm bejahendenfalls zu eröffnen, daß seinem Antrag stattgegeben werde, und ihn alsbald gemäß § 232 Abs. 2 StPO. zu vernehmen?

Die Frage wurde bejaht mit folgender Begründung:

Die Belehrung eines Angeklagten über die Zulässigkeit seiner Entbindung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung gemäß § 232 StPO. ist zwar nicht vom Gesetze vorgeschrieben, unter Umständen aber durchaus sachgemäß und billig. Ihre Vornahme fällt nicht aus dem Rahmen der amtlichen Tätigkeit des Strafrichters.

Daraus folgt aber an sich nicht, daß sie auf Grund des § 157 GVG. von einem anderen Richter verlangt werden könne. Denn die Pflicht zur Rechtshilfe beschränkt sich naturgemäß auf solche Handlungen, die nur von einem Richter vorgenommen werden können. Das trifft für die erwähnte Belehrung nicht zu und ebensowenig für die Entgegennahme des Antrags um Entbindung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung. Erst recht kann die Bekanntmachung der Entscheidung, daß dem Antrag stattgegeben werde, als solche nicht den Gegenstand eines Ersuchens um Rechtshilfe bilden. Denn die Bekanntmachung von Entscheidungen, die nicht in Anwesenheit der davon betroffenen Person ergehen, erfolgt durch Zustellung (§ 35 StPO.), einen nicht richterlichen Akt.

Allein mit dieser Betrachtung ist der vorliegende Fall nicht erledigt. Der ersuchende Richter geht, wohl nicht mit Unrecht, davon aus, daß der Angeklagte den Antrag auf Entbindung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung selbstverständlich stellen wird, sowie er erfährt, daß er zulässig und seine Erfüllung sicher ist. In dieser Voraussicht erläßt er alsbald das Ersuchen um Vernehmung des Angeklagten gemäß § 232 Abs. 2 StPO. Dieses Ersuchen ist an sich ohne Zweifel für den ersuchten Richter verbindlich und verliert diesen Charakter nicht dadurch, daß im Augenblick seines Eingangs der in Rede stehende Antrag und eine formgültige Entscheidung darauf noch nicht vorliegt. Es wäre ein unnützer, unter Umständen zu Verzögerungen führender und also schädlicher Formalismus, die Vorladung des Angeklagten zu seiner Vernehmung und diese selbst davon abhängig zu machen, daß die erwähnten Voraussetzungen der Vernehmung vorher erfüllt werden. Damit würde weder ein Interesse des Angeklagten noch der Untersuchung wahrgenommen, des ersteren deshalb nicht, weil es unter allen Umständen bei ihm steht, ob er sich auf die Vernehmung einlassen will.

Steht also einerseits der Vernehmung des Angeklagten über die Anklage schon jetzt kein Bedenken entgegen, so bildet andererseits eben

Digitized by Google

sie den Schwerpunkt, ja den eigentlichen Gegenstand des Ersuchens des Amtsgerichts G. Wenn gleichzeitig ersucht wird, den Angeklagten zu befragen, ob er den Antrag auf Entbindung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung stellen wolle, und ihm bejahendenfalls zu eröffnen, daß dem stattgegeben werde, so handelt es sich hierbei, richtig verstanden, nicht sowohl um die Erledigung gewisser prozessualer Formalakte, als darum, einmal festzustellen, ob der Angeklagte wirklich vom Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden sein will, seine Vernehmung zur Sache also überhaupt einen Zweck hat, und sodann, seinem etwaigen Einwand zu begegnen, daß die Vernehmung so lange zwecklos sei, als nicht feststehe, ob das Gericht auf seinen Antrag eingehen werde.

Auch ohne daß das Ersuchen darauf besonders gerichtet wäre, würde daher der ersuchte Richter, wenn er zur Vernehmung schritte, bevor ein Antrag auf Entbindung vom Erscheinen in der Hauptverhandlung und ein prozeßordnungsgemäß bekannt gemachter Gerichtsbeschluß darauf vorliegt, sachgemäß die Vernehmung mit der in Rede stehenden Frage einleiten und im Falle ihrer Verneinung ohne weiteres die Akten mit dem Bemerken zurückschicken, daß das Ersuchen gegenstandslos geworden sei, im Falle ihrer Bejahung aber den Angeklagten darauf hinweisen, daß der ersuchende Richter sich bereits schlüssig gemacht habe, dem Antrag zu entsprechen.

Es kann daher nicht gebilligt werden, wenn das Amtsgericht E. deshalb, weil das Amtsgericht G. die Befragung des Angeklagten in betreff des Antrags an die Spitze seines Ersuchens stellt, einseitig alles Gewicht hierauf legt uud demzufolge das Ersuchen als nicht auf Rechtshilfe gerichtet ablehnt. Es hat vielmehr dem Ersuchen, so wie es gemeint ist, zu entsprechen, d. h. den Angeklagten gemäß § 232 Abs. 2 StPO. über die Anklage zu vernehmen, sofern sich nicht, was selbstverständlich zunächst durch Befragen festzustellen ist, ergibt, daß der Angeklagte gar nicht vom Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden sein will oder trotz der Bekanntgabe der für den Fall der Antragstellung gefaßten Entschließung des Amtsgerichts G. sich auf die Vernehmung nicht einlassen will, so lange ihm nicht ein auf die Entbindung vom Erscheinen lautender Beschluß prozeßordnungsgemäß zugestellt ist. In diesem Sinne betrachtet, nimmt der auf Befragung des Angeklagten in betreff des nach § 232 StPO. erforderlichen Antrags und auf Eröffnung der bezüglichen Entschließung gerichtete Teil des Ersuchens diesem Ersuchen im ganzen betrachtet nicht den Charakter eines Ersuchens um Rechtshilfe.

Beschluß des Strafsenats vom 25. März 1900. W 41/09.

Digitized by Google

4. Beginn der Wiedereinsetzungsfrist nach § 431 Abs. 4 StPO.

Der Privatkläger hat Berufung eingelegt. In der Berufungshauptverhandlung vom 19. März 1909 ist weder er noch für ihn ein Vertreter erschienen. Seine Berufung ist deshalb durch Urteil verworfen worden. Das Urteil ist am 25. März zugestellt worden. Unterm 29./30. März hat er dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt.

Es ist nicht unzweifelhaft, ob dies rechtzeitig geschehen ist. Denn § 431 Abs. 4 StPO. spricht davon, daß der Privatkläger die Wiedereinsetzung nur binnen einer Woche „nach der Versäumung" beanspruchen kann, während § 370 Abs. 2 und § 234 Abs. 1 StPO. für den Angeklagten den Wiedereinsetzungsantrag binnen einer Woche „nach Zustellung des Urteils" zulassen. Es wird daher die Ansicht vertreten, daß für den Privatkläger die Wiedereinsetzungsfrist nicht erst von der Zustellung des seine Berufung verwerfenden Urteils, sondern schon von dem versäumten Termine selbst an zu laufen beginne. (So: Löwe[12] Bem. 11; Stenglein[3] Bem. 12 zu § 431 StPO.; OLG. Dresden, Annalen 3, 110.) Bei dieser Rechtsauffassung würde die Frist für das Wiedereinsetzungsgesuch bereits mit dem 26. März abgelaufen, das Gesuch also verspätet eingereicht sein. Der Senat kann jedoch diese Auffassung nicht teilen. Unter der Versäumung ist im Sinne dieses Gesetzes, mindestens soweit es sich um Ausbleiben in einem Termine handelt, nicht dieses Ausbleiben selbst, sondern die Kenntnis von dem gerichtlichen Ausspruch der Folgen der Versäumnis zu verstehen. Es liegt nur eine undeutliche Ausdrucksweise vor. Denn es besteht kein Grund zu der Annahme, daß das Gesetz die Wiedereinsetzung des Privatklägers gegen die Versäumnis des Termins zur Verhandlung über seine Berufung anders und für den Privatkläger ungünstiger habe regeln wollen, als in dem entsprechenden Falle beim Angeklagten (§ 370 Abs. 2); der Privatkläger wird zwar vielfach dem Angeklagten gleichgestellt (vergl. § 427 Abs. 1 mit § 418; § 427 Abs. 2, 3; § 430 Abs. 2 mit § 385 Abs. 2; § 406 Abs. 2; § 426 Abs. 4 mit § 147; § 426 Abs. 2; § 503 StPO.), im übrigen aber entspricht seine Stellung meist der der Staatsanwaltschaft (§ 425, § 430 Abs. 1), und es ist nirgends das Streben ersichtlich, den Privatkläger in den prozessualen Rechtsbehelfen ungünstiger zu stellen als den Angeklagten. Es muß deshalb angenommen werden, daß die Vorschrift in § 430 Abs. 4 keinen anderen Sinn haben soll, als die des § 370 Abs. 2 und des § 234 Abs. 1, die Wiedereinsetzunsfrist also auch

Digitized by Google

für den Privatkläger nicht anders wie für den Angeklagten erst mit der Zustellung des die Berufung verwerfenden Urteils beginnen soll. Dieser Ansicht ist auch das OLG. Celle in der Entscheidung vom 13. November 1890 (GoltdArch. 38, 456). Auch die Begründung zum Entwurf (1908) einer neuen Strafprozeßordnung ist der Meinung, daß das geltende Recht (§ 431 Abs. 4) (nur) „unklar läßt", ob die Frist für die Anbringung des Wiedereinsetzungsantrags mit dem Zeitpunkte der Versäumnis oder mit der Bekanntmachung der Entscheidung beginnnt, nimmt also nicht an, daß das geltende Gesetz es zweifellos ausgeschlossen habe, daß der Zeitpunkt der Bekanntmachung der Entscheidung maßgebend sei, und entscheidet sich aus Billigkeitsgründen dahin, daß dies hier ebenso sei, wie bei § 227 des Entwurfs, d. i. bei dem Falle des heutigen § 234 StPO. (Begr. zu § 396 des Entw.).

Das Wiedereinsetzungsgesuch hat also als rechtzeitig zu gelten; denn es ist innerhalb einer Woche seit der Urteilszustellung eingegangen . . . . .

Beschluß des Strafsenats vom 19. April 1909, W 53/09 (nach Rudolstadt).

5. Feststellung des Vorsatzes bei der Sachbeschädigung, wenn Fahrlässigkeit beim einfachen Schlagen eines Tieres oder Tierquälerei naheliegt.

Objektiv liegt nach den Feststellungen des Landgerichts der Tatbestand der Sachbeschädigung vor. Der Angeklagte hat rechtswidrig ein fremdes Pferd mit dem Peitschenstiele ins linke Auge geschlagen, daß es ausgelaufen ist.

Zur Frage nach dem Vorsatze führt das Urteil aus, der Angeklagte habe das Pferd vorsätzlich mit dem Peitschenstiele geschlagen; es genüge sein Bewußtsein, durch das Schlagen werde ein schädigender Erfolg eintreten, dieses Bewußtsein habe er bei der Art und Weise seiner „Betätigung" haben müssen. Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

Mitunter kann man aus dem Erfolge in Verbindung mit der Ausführung der Tat alsbald unzweifelhaft den Vorsatz feststellen. Dies wird besonders dann der Fall sein, wenn der Erfolg einheitlich, untrennbar ist. Dann wird man den immerhin bedenklichen Ausdruck, der Angeklagte mußte bei der Art und Weise seiner Betätigung das Bewußtsein haben, wohl dahin auslegen können: die Art und Weise der Handlung ergibt, daß er das Bewußtsein des Erfolgs gehabt und diesen gebilligt hat. Die Auslegung, der Angeklagte habe

Digitized by Google

möglicherweise das Bewußtsein doch nicht gehabt, bei gehöriger Prüfung habe er es haben müssen, würde in einem solchen Falle wohl oft dem Gedankengange nicht entsprechen.

Hier war aber der Erfolg ein zweifacher. Der Angeklagte verursachte dem Pferde mit dem Peitschenstiele einmal Schmerzen, er mißhandelte es, sodann beraubte er es eines Auges und beschädigte es als Sache. Beide Erfolge waren „schädigend"; die Mißhandlung schädigte das körperliche Befinden des Pferdes, die Augenverletzung schädigte seine Unversehrtheit und Brauchbarkeit.

Der Ausdruck des Landgerichts: der Angeklagte mußte sich des schädigenden Erfolges bewußt sein, bleibt in diesem Zusammenhange undeutlich, er ist zu allgemein und bezeichnet den Vorsatz der Sachbeschädigung nicht deutlich genug, nicht deutlicher, als den anderer Straftaten, zu deren Tatbestandsmerkmalen ein schädigender Erfolg gehört.

Er läßt nicht erkennen, ob die Verletzung des Auges, oder die rohe Mißhandlung, oder das einfache Schlagen als schädigender Erfolg bezeichnet werden sollte. Auch die Unterlage, aus der das Gericht das Bewußtsein folgert, die Art und Weise, wie der Angeklagte geschlagen hat, gibt keinen Aufschluß; mit Gewalt, mit dem Stielende, nach dem Kopfe zu konnte er auch in Züchtigungs- oder Mißhandlungsvorsatz schlagen; andererseits legt die Feststellung, er habe vorsätzlich geschlagen, gerade die Annahme nahe, daß das Urteil in dem Irrtum befangen gewesen sei, schon die Vorstellung, das Pferd werde mit dem Stiele getroffen, erfülle den Vorsatz der Sachbeschädigung.

Da die Unterscheidung, ob strafloses einfaches Schlagen, Tierquälerei (rohes Mißhandeln), Sachbeschädigung, und diese allein oder in Tateinheit mit Tierquälerei vorlag, geboten war, bedurfte es einer Darlegung, weshalb die Art und Weise, wie er mit dem Peitschenstiele geschlagen hat, die Annahme begründet, er habe sich dabei den Eintritt der Sachbeschädigung vorgestellt und habe nicht nur das Tier einfach schlagen, züchtigen, oder roh mißhandeln wollen, ohne aber an eine Verletzung, die eine Sachbeschädigung enthielt, zu denken. Die Ausdrucksweise läßt daher Zweifel, ob das Urteil hat feststellen wollen, der Angeklagte habe an eine Beschädigung des Tieres als Sache gedacht, oder aber, ob er auf einer Verkennung des Vorsatzes bei der Sachbeschädigung beruht. Es war deshalb mit seinen Feststellungen aufzuheben. Das Berufungsgericht hat nun zu prüfen, ob der Angeklagte den Erfolg der Sachbeschädigung, wenn auch nicht beabsichtigt, so doch sich vorgestellt (RGSt. 15, 12) und zugleich direkt oder

Digitized by Google

wenigstens eventuell gebilligt hat (RG. 33, 4). Dabei ist zu beachten, daß Vorsatz und Erfolg sich nicht in allen Einzelheiten, sondern nur in bezug auf das wesentliche Ergebnis decken müssen.

Urteil des Strafsenats vom 14. Januar 1909, S 1/09 (nach Weimar).

6. Aergerniserregung bei der Tierquälerei kann auch dann vorliegen, wenn die Tat nicht unmittelbar, sondern an den deutlich auf die Quälerei hinweisenden Schmerzen wahrgenommen wird.

Das Schöffengericht ist bei der Freisprechung von der Anklage der Tierquälerei davon ausgegangen, daß erfordert werden müsse, es nehme jemand durch das Sehen der menschlichen Bewegungen selbst, die die Mißhandlung in sich schließen, Aergernis. Wie hier Mißhandlung und Erregung des Aergernisses zusammengebracht werden, ist zu eng. Mißhandlung ist nicht nur die menschliche Handlung für sich genommen, sie ist als solche nicht beendet, sobald die Körperbewegung vorüber ist, sondern dauert an, solange die Schmerzen bestehen und sichtbar oder sonst erkennbar sind. Es genügt, daß jemand an den Spuren oder sonstigen äußeren Zeichen einer rohen Mißhandlung oder eines boshaften Quälens, wenn sie deutlich als solche erkennbar sind, Aergernis nimmt. Das hat der Senat bereits zu S 23/06 ausgesprochen. Kommt jemand, nachdem einem Pferde das Auge ausgeschlagen worden ist, hinzu, sieht er wie noch das Auge blutet und läuft, das Tier also erfahrungsmäßig Schmerzen hat, sieht er an dem blutigen Peitschenstiele, daß es die Folge einer rohen Mißhandlung ist, so erstreckt sich jedenfalls das Aergernis, das er dabei nimmt, unmittelbar auf die Tat selbst. Wahrnehmung der Folge und der Tat und Gefühlserregung über beides stehen in so nahem Zusammenhang, daß aus dem Aussehen, den erkennbaren Schmerzen, die Tat empfunden wird, die Mißhandlung wirkt fort und erregt Aergernis. Die Wahrnehmung der Mißhandlung, die Einwirkung auf das Gefühl ist in diesem Falle nicht entfernter, mittelbarer, als wenn jemand an den Schmerzenslauten eines Tieres, das er gar nicht sieht, merkt, daß es gequält wird, und daran Aergernis nimmt.

Urteil des Strafsenats vom 14. Januar 1909, S 1/09 (nach Weimar).

Digitized by Google

Aus amtsgerichtlicher Praxis.

Entscheidungen des Amtsgerichts Jena aus dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Mitgeteilt von Amtsgerichtsrat Dr. F. Schmid zu Jena.

1. Die Rabattsparvereine in ihrer heutigen Erscheinung sind regelmäßig ihrem Zweck nach auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet. Sie können daher nicht gemäß § 21 BGB. durch Eintragung in das Vereinsregister rechtsfähig werden. Unerheblich ist es, wenn die Satzung den Zweck des Vereins als einen gemeinnützigen bezeichnet (BGB. § 21). Beschluß des Amtsgerichts zu Jena vom 17. November 1907 [1]).

Die Satzung des angemeldeten Vereins stellt in § 1 voran, daß der Verein einen gemeinnützigen Charakter trage, und fährt dann fort:

„Sein Zweck ist:

a) die kaufende Bevölkerung zur Barzahlung anzuregen, den Sparsinn zu wecken und zu fördern, indem Kaufleute und Gewerbetreibende sich zusammenschließen, welche ihrer, gegen Barzahlung kaufenden Kundschaft einen Rabatt in Form von Rabattmarken gewähren wollen,

b) dadurch zur Förderung der Interessen des Kleinhandels eine Entwickelung des Barverkehrs und gesunde Preisbildung herbeizuführen, den Konkurrenzkampf zu mildern und unlauteren Geschäftsgebarungen sowie Verkäufen zu Schleuderpreisen vorzubeugen."

§ 5 der Satzung sagt weiter:

„Die Rechte der Mitglieder bestehen in allen Vorteilen, die der Verein für seine Gesamtheit erzielt."

§ 7. Der auf Grund des § 16 der Satzung vom Vorstand erlassene Geschäftsordnung verbietet die Abgabe von Rabattmarken an Geschäftsleute, die nicht Vereinsmitglieder sind.

Die Zulässigkeit der Eintragung des Vereins hängt in erster Linie davon ab, ob sein Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist oder nicht. Für die Beantwortung dieser Frage ist es selbstverständlich nicht entscheidend, ob die Satzung den Verein

1) Eine Anfechtung des Beschlusses ist nicht erfolgt.

Digitized by Google

als einen wirtschaftlichen bezeichnet oder, wie im vorliegenden Falle, als einen gemeinnützigen. Nicht das in allgemeinen Redewendungen der Satzung vorangestellte Programm entscheidet, sondern es kommt auf die Bestimmungen der Satzung an, welche für die Betätigung des Vereins maßgebend sind. Im vorliegenden Falle ergibt die Prüfung unter diesem Gesichtspunkte, daß dem angemeldeten Verein das Kennzeichen, das vielfach als ein wesentliches der nach § 21 BGB. zur Rechtsfähigkeit gelangenden sogenannten idealen Vereine hingestellt wird, fehlt; er erstrebt nicht die Förderung der wirtschaftlichen Interessen der Allgemeinheit, sondern der unmittelbare Zweck des Vereins ist die wirtschaftliche Förderung der Vereinsmitglieder.

Das geht aus den oben wiedergegebenen Bestimmungen der Satzung deutlich hervor: Der Verein bezweckt, daß dem Publikum durch Rabattgewährung die Anregung zur Barzahlung gegeben werden soll, daß das Rabattsystem für alle Mitglieder gleichmäßig geregelt wird (§ 3 der Geschäftsordnung), daß Unterbietungen durch Gewährung hoher Rabattsätze ausgeschlossen werden, und daß auf eine gesunde Preisbildung hingewirkt wird.

Außerdem soll freilich auch der Sparsinn der Käufer geweckt und gefördert werden. Dieses idealen Zieles wegen ist aber der Verein offenbar nicht ins Leben getreten, die Förderung der Interessen der Allgemeinheit ist lediglich ein, bei der Verfolgung des Vereinszweckes sich ergebender Nebenerfolg. Uebrigens besteht die Förderung des Sparsinns lediglich darin, daß die Rabatte nicht bei den einzelnen Käufen in bar gewährt werden, sondern erst, wenn die Käufe den Gesamtbetrag von 100 oder 200 M. erreicht haben (§ 5 der Geschäftsordnung). Diese Regelung des Rabattwesens ist wohl kaum im Interesse des Publikums eingeführt, sondern sie verfolgt vielmehr das Interesse der Vereinsmitglieder. Die Käufer, welche einmal bei Vereinsmitgliedern gekauft haben, sollen bestimmt werden, dies so lange weiter zu tun, bis sie einen einlösbaren Betrag von Rabattmarken erlangt haben; damit soll die Kundschaft festgehalten werden.

Das erhellt am besten daraus, daß es dem kaufenden Publikum durch § 7 der Geschäftsordnung abgeschnitten wird, von Kaufleuten, die nicht Vereinsmitglieder sind, Rabattmarken zu erhalten.

Allerdings ist, wie das Amtsgericht in seiner, die St.sche Pensionszuschußkasse betreffenden Entscheidung eingehender dargelegt hat, die Eintragung gemäß § 21 BGB. nicht schon um deswillen unbedingt ausgeschlossen, weil der Zweck des Vereins das wirtschaftliche Interesse seiner Mitglieder berührt; nur der auf einen wirt-

Digitized by Google

schaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtete Zweck hat diesen Ausschluß zur Folge.

Diese Voraussetzung ist aber im vorliegenden Falle ebenfalls erfüllt. Die in § 1 der Satzung angeführten Ziele sollen durch den Betrieb einer den Markenverkauf an die Mitglieder und die Einlösung der sogenannten Sparbücher besorgenden Geschäftsstelle erreicht werden (§ 16 der Satzung). Ohne diesen Betrieb wäre die Betätigung des Vereins so gut wie ausgeschlossen; er ist mit dem Ziel, welches in § 1 der Satzung als Vereinszweck angegeben wird, so eng verbunden, daß er nicht nur als ein Mittel zum Zweck, sondern als ein wesentlicher Vereinszweck, vielleicht sogar als dessen Hauptzweck erscheint. Für die letztere Annahme spricht auch der Inhalt des dem Gericht vorliegenden Protokollbuches, welches über die Verhandlungen vom 19. November 1904 bis zum 17. Oktober 1907 Aufschluß gibt. Danach haben sich die Versammlungen, abgesehen von inneren Angelegenheiten, wie Wahlen usw., bisher fast ausnahmslos mit den Angelegenheiten der Geschäftsstelle befaßt. Das Verhältnis dieser zu dem Zwecke des Vereins erhellt auch daraus, daß das Bild kaum geändert werden würde, wenn die Satzung unter Weglassung der allgemeinen Angaben des § 1 als Zweck des Vereins nur den Betrieb einer solchen Geschäftsstelle bezeichnete, daß aber die Satzung sich als ein inhaltloses Gehäuse darstellen würde, wenn sie nicht neben den allgemeinen Angaben des § 1 den auf den Betrieb der Geschäftsstelle und den Verkehr mit Rabattmarken bezüglichen Inhalt aufwiese.

Daß die Geschäftsstelle, welcher die Ausgabe der Rabattmarken, die Anlegung der dafür eingehenden Gelder, und die Einlösung der Sparbücher obliegt, als ein Geschäftsbetrieb von sehr erheblichem Umfang dasteht, ergibt sich daraus, daß am 19. November 1904 als eine erste Anschaffung der Ankauf von 8000 Sparbüchern zu je 200 M., also für einen Umsatz von 1 600 000 M. berechnet, beschlossen wurde; ferner der Ankauf von Rabattmarken im Betrag von 2 600 000 M., also mit einem Einlösungswert von 130 000 M.; daß bald, so am 9. Januar 1905, erhebliche Nachbeschaffungen nötig wurden, endlich daraus, daß nach dem Protokoll vom 11. Januar 1906 vor Ablauf des ersten Geschäftsjahres bereits rund 67 000 M. für Einlösung von Sparbüchern verausgabt waren.

Für die Zulassung eines Vereins zur Eintragung nach § 21 BGB. wird häufig der auch im vorliegenden Falle gegebene Umstand angeführt, daß der Verein seinen Mitgliedern keinen unmittelbaren Vorteil in barem Gelde bringe, daß er daher ein wirtschaftlicher nicht sei.

Digitized by Google

Dieser Hinweis ist jedoch in doppelter Beziehung verfehlt; einmal begrenzt er den Begriff des wirtschaftlichen Vorteils viel zu eng, und dann leitet er von dem richtigen Gesichtspunkt, von der richtigen Fragestellung ab; letztere hat lediglich dahin zu gehen, ob ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb vorliegt, oder nicht. Im vorliegenden Falle ist der Geschäftsbetrieb dadurch als ein wirtschaftlicher gekennzeichnet, daß er dazu dient, durch Förderung der Barzahlung, Regelung des Rabattgebens, und Festhalten der Kundschaft die Geschäfte und damit die wirtschaftliche Lage der Mitglieder zu heben . . .

2. Der Begriff des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs. Der Zweck eines Vereins, der den Lehrern einer Erziehungsanstalt und deren Witwen Pensionszuschüsse sichert, kann auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sein, selbst wenn die Mitglieder zu Beitragsleistungen nicht verpflichtet sind. (§ 21 BGB.) Beschluß des Amtsgerichts zu Jena vom 12. November 1907 [1]).

Nach der vorgelegten Satzung ist es der Zweck des Vereins, einen Zuschuß zu der Pension zu gewähren, welche die Lehrer der St.schen Erziehungsanstalt und deren Witwen von einer Privatversicherungsgesellschaft zu erwarten haben, bei welcher sie, nach dem mit dem Leiter der Erziehungsanstalt abgeschlossenen Anstellungsvertrag Versicherung zu nehmen verbunden sind (§ 3, 15, 17 der Satzung). Die Mittel hierzu sollen nach § 10 der Satzung in folgender Weise aufgebracht werden:

1) aus den Zinsen des Vereinsvermögens,

2) aus erhofften Schenkungen,

3) aus den Zuwendungen, welche von seiten der Stadtgemeinde Jena erwartet werden (vergl. § 11 der Satzung),

4) aus Zuwendungen außerordentlicher Mitglieder, d. h. in erster Linie aus den Leistungen, zu denen der Leiter der Anstalt sich gemäß § 12 der Satzung verpflichtet hat.

Die Anlegung der Vereinsmittel hat nach § 14 der Satzung in mündelsicherer Weise zu erfolgen.

Nach § 21 BGB. können durch Eintragung in das Vereinsregister nur solche Vereine die Rechtsfähigkeit erwerben, deren Zweck

1) Eine Anfechtung des Beschlusses ist nicht erfolgt.

Digitized by Google

auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb nicht gerichtet ist; andernfalls steht dem Verein lediglich der in § 22 BGB. gewiesene Weg offen.

Wie unten auszuführen sein wird, steht der angemeldete Verein der Grenze nahe, so daß die Entscheidung über die Eintragsfähigkeit davon abhängt, welche Stellung der Richter bei dieser Entscheidung zu der Auslegungsregel anzunehmen hat, die man in die Worte „in dubio mitius“ zu fassen pflegt. Die Eintragung würde vielleicht zuzulassen sein, wenn es dem Richter gestattet wäre, die in jenen Worten angedeutete Regel zu befolgen, dahingehend, daß die rechtlichen Tatbestände im Zweifel so zu beurteilen sind, wie es der Aufrechterhaltung eines Rechtsgeschäfts dienlicher ist. Diese Regel ist dem heutigen Rechte nicht um deswillen fremd, weil sie im BGB. nicht ausdrücklich ausgesprochen ist; sie kann sehr wohl da Anwendung finden, wo sie dem Wesen der Sache entspricht, wo daher anzunehmen ist, daß sie auch der Absicht des Gesetzgebers entspricht. Diese Voraussetzung ist aber, wenn es sich um die Frage der Eintragsfähigkeit eines Vereins handelt, nicht gegeben, ebensowenig wie sie bei der Entscheidung über eine Eintragung in das Grundbuch gegeben ist.

Bei der Eintragung eines Vereins ist nicht nur auf die Interessen des Vereins und seiner Mitglieder Rücksicht zu nehmen. Es ist auch zu beachten, daß die Eintragung der Allgemeinheit gegenüber Bedeutung hat; jedermann soll darauf bauen können, daß ein rechtsfähiger Verein entstanden ist. Ein solcher entsteht aber nicht, wenn die Voraussetzung des § 21 BGB., der Ausschluß eines auf wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs gerichteten Zweckes, nicht gegeben ist; der unzulässigerweise eingetragene Verein hat nur den täuschenden Schein der Rechtsfähigkeit für sich. Die Rücksicht auf die Allgemeinheit, auf die Rechtssicherheit, macht es daher dem Richter zur Pflicht, die Eintragung dann zu verweigern, wenn deren Zulässigkeit nicht außer Zweifel gestellt ist.

Der Zweck des angemeldeten Vereins ist offensichtlich ein wirtschaftlicher: er will seinen Mitgliedern den Anspruch auf einen Pensionszuschuß, also einen wirtschaftlichen Vorteil, sichern. Von einem weiteren idealen Zweck kann nicht die Rede sein, sonst müßte man dazu kommen, die wirtschaftliche Förderung und Sicherung eines Personenkreises an sich als idealen Zweck allgemein anzuerkennen.

Die Unzulässigkeit des Eintrags wäre also von vornherein außer Zweifel, wenn die auch im juristischen Sprachgebrauch geläufige Scheidung von idealen und wirtschaftlichen Vereinen den Unterschied

Digitized by Google

der Vereinsgruppen, welche nach § 21 oder 22 BGB. die Rechtsfähigkeit erlangen, erschöpfend wiedergäbe. Das ist aber nicht der Fall.

Der Erwerb der Rechtsfähigkeit nach § 21 BGB. ist nicht an die positive Voraussetzung geknüpft, daß der Zweck des Vereins ein, vom materiellen Vorteil absehender *idealer* ist. Es genügt das negative Moment, daß der Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb *nicht* gerichtet ist. E. III zum BGB. forderte allerdings für die Eintragsfähigkeit nach § 21 BGB. positiv, daß der Zweck ein gemeinnütziger, wohltätiger, geselliger, künstlerischer oder *anderer*, auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb nicht gerichteter sei. Diese Fassung ist aber absichtlich geändert worden, um klarzustellen, daß alle Vereine, welche einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb *nicht* bezwecken, ohne Rücksicht auf ihren sonstigen Zweck nach § 21 BGB. rechtsfähig werden können (vergl. *Planck*, Komm. § 21, Anm. 1 am Ende).

Unter einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb wird man in erster Linie den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts verstehen müssen, der Art, wie es die Einzelkaufleute, die Gesellschaften des Handelsrechts und die der wirtschaftlichen Förderung ihrer Mitglieder bezweckenden geschäftlichen Unternehmungen, wie sie für die eingetragenen Genossenschaften bezeichnend sind, betreiben.

Damit ist aber das Gebiet der wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe keineswegs erschöpft, und es wird die Grenze viel zu eng gezogen, wenn z. B. das OLG. Stuttgart im Beschluß vom 23. März 1900 (*Sörgel*, Rechtspr. 1, § 21c; *Mugdan-Falkmann*, OLG-Rspr. 1, 15) als einen solchen Betrieb nur die gewerbsmäßige auf Produktion oder Umsatz von Gütern gerichtete Tätigkeit anerkennen will. Damit wird in unrichtiger Weise an Stelle des in § 21 enthaltenen Begriffs des *wirtschaftlichen* Betriebs der engere Begriff des gewerbsmäßigen Betriebs gesetzt. Auch führt die Betonung der Produktion und des Umsatzes von Gütern leicht zu einer zu engen Auffassung, da man dabei zunächst an körperliche Sachen denkt; nur so konnte das OLG. Stuttgart dazu kommen, den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bei einem Kreditreformverein zu verneinen, obwohl dessen Zweck auch die Errichtung eines Nachrichtenbureaus umfaßte, also eines Betriebes, der, wenn er in größerem Umfang stattfindet, zu den nach § 2 HGB. eintragspflichtigen kaufmännischen Betrieben gehört (vergl. *Staub*, Komm. zum HGB. § 2 Anm. 3). So ist denn in der Praxis auch mehrfach anerkannt worden, daß Vereine den wirtschaftlichen beizuzählen sind, obwohl nach der Definition des OLG. Stutt-

Digitized by Google

gart bei ihnen von einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb nicht die Rede sein kann. Das gilt von Vereinen, die den Zweck haben, durch Einsammeln und Verwalten von Einstandsgeldern und fortlaufenden Beiträgen der Mitglieder die Mittel für deren Unterstützung in Krankheitsfällen und für deren Pensionierung zu beschaffen (vergl. Sörgel, Rechtspr. 1 zu § 21 unter g und h). Von diesen Beispielen unterscheidet sich der vorliegende Fall allerdings insofern, als die ordentlichen Mitglieder nach den Satzungen zu irgendwelchen Beiträgen nicht verpflichtet sind. Das würde aber ein wesentlicher Unterschied nur dann sein, wenn es sich um die Frage handelte, ob ein den zwingenden Vorschriften des Reichsgesetzes über die Privatversicherungsvereine vom 12. Mai 1901 fallender Verein vorliege, nicht aber bei der Entscheidung der Frage, ob ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb vorliegt.

Dieser kann ebenso wie in der Einhebung und Verwaltung der Mitgliederbeiträge darin bestehen, daß die Mittel eingehoben und verwaltet werden zu deren Gewährung sich im vorliegenden Falle bestimmte Personen und Korporationen auf die Dauer oder auf beschränkte Zeit verpflichtet haben. Ein Geschäftsbetrieb muß unter anderem auch aus dem Grunde als gegeben angesehen werden, weil die auf Beschaffung der Geldmittel und deren Mehrung durch wirtschaftliche Nutzbarmachung gerichtete Tätigkeit des Vereins sich als eine für die Dauer berechnete Einrichtung darstellt. Auch diese Tätigkeit ist als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb zu erachten, wenngleich sie sich von der wirtschaftlichen Gebahrung eines Konsumvereins oder Darlehnskassenvereins wesentlich unterscheidet. Nur dann würde von einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb nicht die Rede sein können, wenn nach der Organisation die bezeichnete Tätigkeit den Stempel des Vorübergehenden, Zufälligen und Nebensächlichen an sich trüge, wenn es sich etwa nur um die Einsammlung von freiwilligen Beiträgen zu einem einmaligen Zweck handelte.

Zuzugeben ist allerdings, daß mit der hier vertretenen Auffassung die Grenze der zulässigen Ausdehnung des Begriffs erreicht ist.

Es sind nun die Vereinsbildungen zahlreich, welche ein unzweifelhaft ideales und ein ebenso unzweifelhaftes wirtschaftliches Element in sich vereinigen. Die Wissenschaft und Praxis ist in einer Richtung vertreten, welche bestrebt ist, für derartige Vereine die Möglichkeit des Erwerbes der Rechtsfähigkeit nach § 21 zu vertreten. Da von vornherein zuzugeben ist, daß wenige Vereine von dem materiellen Element vollkommen frei sind, daß die Absicht des Gesetzes offenbar nicht dahin geht, daß jede Beziehung zu einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb von der Eintragung nach § 21 BGB. ausschließt, so ist zu prüfen, ob

Digitized by Google

sich unter diesem Gesichtspunkt die Eintragung des angemeldeten Vereins rechtfertigen läßt.

Endemann (Lehrbuch des BR. § 46 Anm. 1) unterscheidet zwischen dem Hauptzweck und dem Nebenzweck eines Vereins, und läßt den ersteren für die Zugehörigkeit zu der einen oder der anderen Gruppe entscheiden. Dieses Merkmal ist jedoch entschieden nicht glücklich gewählt. Es wird den Erscheinungen des Rechtsverkehrs vor allem insofern nicht gerecht, als in der Regel aus der Satzung und dem sonstigen dem Registerrichter vorliegenden Material nicht zu entnehmen ist, welcher Zweck der Hauptzweck ist.

Staudinger (Vereinsrecht S. 32) findet das unterscheidende Merkmal darin, daß bei den wirtschaftlichen Vereinen „die Erwerbstendenz gerichtet ist unmittelbar auf geschäftlichen Vorteil der Vereinigung selbst und ihrer Mitglieder, also nicht bloß durch allgemeine Förderung der einschlägigen Interessen über jenen Kreis hinaus einer unbestimmten und unbegrenzten Menge von Individuen". Dieses Merkmal mag in den meisten Fällen auf die richtige Unterscheidung hinleiten, für sich allein kann es jedoch nicht entscheiden. Vielfach haben die wirtschaftlichen Vereine die Tendenz, ihren Geschäftsbetrieb möglichst weit, auch über den Kreis der Mitglieder hinaus, auszudehnen, die Vorteile, die der Verein bietet, ganz oder teilweise auch den außerhalb stehenden Personen zukommen zu lassen, um bei dem erweiterten Betrieb auch für sich selbst bessere Bedingungen zu erlangen; andererseits kann ein, seiner Tendenz nach nicht wirtschaftlicher Verein sich veranlaßt sehen, zwecks Vermehrung seiner Mitgliederzahl und zur Erweiterung seines Einflusses, die von ihm nebenher gewährten wirtschaftlichen Vorteile nur seinen Mitgliedern zukommen zu lassen.

Auf den richtigen Weg führt die bei Staudinger a. a. O. zitierte Denkschrift (S. 9) und die bei Planck (Komm. zu § 21 BGB., Anm. 2) gegebene Ausführung. Allerdings ist auch hier von einem Hauptzweck die Rede. Das Wort erhält jedoch eine andere Bedeutung als bei Endemann dadurch, daß ihm nicht ein Nebenzweck gegenübergestellt wird, sondern gesagt wird, daß der Zweck des Vereins dann ein wirtschaftlicher nicht sei, wenn der Geschäftsbetrieb lediglich als Mittel zur Erreichung anderer Zwecke stattfinde (Planck, a. a. O.), oder wie es in der Denkschrift genauer heißt, wenn der Geschäftsbetrieb nur dazu dient, die zur Erreichung des idealen Hauptzwecks erforderlichen Mittel beschaffen zu helfen. Es ist zuzugeben, daß auch diese Formulierung es noch vielfach zweifelhaft erscheinen lassen wird, welcher

Digitized by Google

Gruppe ein Verein zuzuzählen ist. Sie bedarf noch der genaueren Präzisierung, damit durch sie nicht bloß die Beschaffung von mustergültigem Material für Imkerei und Fischzucht gedeckt wird, sondern auch um den Großbetrieb, dessen Mittel dazu dienen sollen, etwa durch Beschaffung eines Agitationsfonds irgendwelches geistiges Interesse zu fördern, das mit dem Betrieb in keinerlei innerem Zusammenhang steht.

Der Umstand, daß auch obige Formulierung nicht die glatte Entscheidung aller Fälle ermöglicht, kann nicht gegen ihre Berechtigung geltend gemacht werden, denn es handelt sich nicht um Rechtsgebilde, die sich in schroffem, unüberbrücktem Gegensatz gegenüberstehen, sondern um solche, die mit fließender Grenze ineinander übergehen. Jedenfalls entspricht die von Planck vertretene, das wirtschaftliche Element bei den nach § 21 einzutragenden Vereinen am weitesten zurückdrängende Ansicht am meisten der Absicht des Gesetzgebers. Betrachtet man die Vorschriften des § 21 BGB. im Zusammenhalt mit den sonstigen reichsrechtlichen Vorschriften über Vereinigungen, insbesondere über die handelsrechtlichen Vereinigungen, so tritt in unserer Gesetzgebung die Tendenz deutlich hervor, die Organisation um so eingehender gesetzlich zu regeln, um so mehr in die Autonomie des Vereins einzugreifen, je größer die wirtschaftliche Bedeutung eines Vereinstypus ist. Dem entspricht es, wenn nur die Vereine, bei denen das wirtschaftliche Element auf ein im Verhältnis zur Gesamtbetätigung des Vereins geringfügiges Mindestmaß beschränkt ist, unter einem Mindestmaß von gesetzlichen Einschränkungen gemäß § 21 BGB. zur Rechtsfähigkeit gelangen.

Legt man den von Planck gegebenen Maßstab an den angemeldeten Verein an, so erhellt, daß der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb hier keineswegs jene untergeordnete Rolle spielt. Die Sicherung der Aussicht auf eine Rente und die Beschaffung der hierzu erforderlichen Mittel stellen den ausschließlichen Zweck des Vereins dar; es fehlt an einem weiteren, außerhalb dieses wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs liegenden Zweck, welchem dieser Geschäftsbetrieb etwa dienen könnte.

Es ergibt sich also, daß der angemeldete Verein zu denjenigen gehört, welche im Sinne des § 21 BGB. als auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet anzusehen sind, und daher die Rechtsfähigkeit nach § 21 BGB. nicht erlangen können. Uebrigens würde man auch vom Standpunkt Endemanns ausgehend zu dem gleichen Schluß kommen müssen; denn wo, wie hier, kein weiterer Zweck ersichtlich ist, kann die wirtschaftliche Betätigung nicht Nebenzweck sein.

3. Ein in der besonderen amtlichen Verwahrung des Nachlaßgerichts befindliches Testament ist auch zu

Digitized by Google

eröffnen, wenn es in einem anderen, bereits eröffneten Testament zurückgenommen ist. Das gilt aus besonderen Gründen dann, wenn das widerrufende Testament in der in § 2231 Ziff. 2 zugelassenen Form errichtet ist. § 2260, 2360 Abs. 2 BGB. (Beschluß des AG. Jena vom 16. Februar 1908[1]).

Die Erblasserin hat 2 Testamente hinterlassen, von denen das eine am 2. Juli 1892 vor dem Großh. Amtsgericht hier errichtet ist, das andere in der durch § 2231 Ziff. 2 BGB. geordneten Form am 4. Dezember 1907. Das letztere, welches am 7. Februar 1908 eröffnet worden ist, bestimmt unter Nr. V, daß das frühere Testament aufgehoben sei. Die in letzterem Testamente eingesetzten Erben haben, soweit sie im Eröffnungstermin zugegen waren, der Eröffnung des hiernach widerrufenen Testaments widersprochen. Dieser Widerspruch, ... erscheint jedoch nicht haltbar.

Gemäß § 2260 BGB. hat das Nachlaßgericht nach dem Bekanntwerden des Todesfalls alsbald das Erforderliche zwecks Eröffnung eines vom Erblasser bei ihm niedergelegten Testaments einzuleiten. Diese Vorschrift bezieht sich nach dem klaren Wortlaut auf jedes in der Verwahrung des Nachlaßgerichts befindliche Testament ohne Ausnahme. (So Planck, Komm. zu § 2260 A. 4; Kleinadam, Recht 1901 S. 112; Goslich in Lobes Centralblatt 2, 101 ff.; ihm zustimmend Kuhlenbeck, Komm. zu § 2260, in der Lit.-Uebersicht; OLG. Hamburg, HansGZ. 1901 Beibl. 133, KG. vom 7. Dezember 05 KGJ. 31 B, 15; ähnlich auch KG. vom 20. Mai 01 ebenda 22 B, 7).

An diesem Wortsinn ist festzuhalten; von ihm könnte nur dann abgegangen werden, wenn genügende Gründe für die Annahme sprächen, daß er sich mit der Absicht des Gesetzgebers nicht decke. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergeben, ferner auch aus praktischen Erwägungen, z. B. wenn die wörtliche Auslegung zu Folgerungen führt, von denen weder angenommen werden kann, daß sie dem Gesetzgeber entgangen seien, noch auch, daß sie von ihm gewollt seien.

Auf beiden Wegen ist die Begründung dafür, daß ein widerrufenes Testament nicht zu eröffnen sei, versucht worden. Auf dem ersteren durch Brunner (BayNotZ. 1901 S. 137), auf letzterem durch das bayrische oberste Landesgericht (31. März 00, OLGRspr. 1900 Nr. 36,

1) Eine Anfechtung des Beschlusses ist nicht erfolgt.

Digitized by Google

von Brandis (HansGZ. Beibl. Nr. 40 Anm.), und vom OLG. Colmar (Recht 1902 S. 181).

Reichlich unbestimmt läßt sich Staudinger, Komm. § 2260 unter I dahin aus, daß die Eröffnung des widerrufenen Testaments wohl zu unterlassen sein dürfte.

Die angeführten Versuche sind als verfehlt zu erachten.

Mit Recht führt das Kammergericht Brunner gegenüber aus (KGJ. 31 B, 15), daß die Entstehungsgeschichte des Gesetzes die von Brunner gezogene Folgerung nicht rechtfertigt, daß sie keinen Anhalt dafür bietet, daß der Entwurf I bezüglich des widerrufenen Testaments eine Ausnahme von der Regel des § 2260 (1983) zugelassen habe; ferner, daß selbst eine solche Ausnahme nichts beweisen würde, da die Bestimmung des § 2257 BGB., aus welcher sich ein wesentlicher Grund für die Notwendigkeit der Eröffnung ergibt, dem ersten Entwurf noch fremd gewesen ist.

Die Versuche, die Eröffnung des widerrufenen Testaments als dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufend hinzustellen, gehen davon aus, daß die Eröffnung in diesem Falle völlig zwecklos sei, und daß daher die berechtigten Interessen der Beteiligten an dem Geheimbleiben der unwirksamen Verfügung beachtet werden müßten. Diese Ueberlegungen, welche ohnehin für die Gesetzgebung mehr in Betracht kommen würden wie für die Gesetzesanwendung, erweisen sich jedoch bei näherer Prüfung als von Grund aus unhaltbar.

Zunächst kann keineswegs anerkannt werden, daß jenes Interesse von Beteiligten in allen Fällen ein berechtigtes sei, noch weniger, daß es das überwiegende sei gegenüber dem unter Umständen auch sehr berechtigten Interesse anderer an der Kenntnisnahme. Dazu kommt, daß der Gesetzgeber dem Erblasser, der seinen bei Gericht verwahrten letzten Willen völlig vernichten und dem Bekanntwerden entziehen will, den Weg hierzu durch die ausdrücklichen Vorschriften des § 2256 BGB. gewiesen hat: er kann es aus der amtlichen Verwahrung zurückfordern. Zu der zitierten Entscheidung des Bayrischen Obersten Landesgerichts ist noch zu bemerken, daß die Begründung auf den vorliegenden Fall nicht ohne weiteres anwendbar ist, da sie sich zum Teil auf Besonderheiten des Falles — es handelte sich um ein gemeinschaftliches Testament — stützt, welche hier nicht in Frage kommen.

Die Behauptung, es sei zwecklos, ein widerrufenes Testament zu eröffnen, da es keine materielle Bedeutung habe, ist unrichtig. Mit Recht wird von Planck a. a. O. darauf hingewiesen, daß die Existenz eines widerrufenen Testaments keineswegs die materielle Unwirksam-

Digitized by Google

keit des widerrufenen Testaments beweist. Die Möglichkeit ist nicht ausgeschlossen und für den mit der Eröffnung befaßten Richter gar nicht widerlegbar, daß das aufhebende Testament wiederum aufgehoben ist, und daß das widerrufene Testament dadurch gemäß § 2258 Abs. 2 wieder in Kraft getreten sei. Weiter ist die Möglichkeit zu berücksichtigen, daß das widerrufene Testament wegen eines Formmangels, oder wegen der mangelnden Geschäftsfähigkeit des Erblassers unwirksam ist. Ist endlich das widerrufene Testament, wie im vorliegenden Falle, ein eigenhändiges, so ist die Eröffnung und Verkündigung der widerrufenen Verfügung geradezu notwendig. Das eigenhändige Testament genügt nach § 36 GO. nicht zur Legitimation gegenüber dem Grundbuchamt, dieses muß, falls das Testament nicht in einer öffentlichen Urkunde vorliegt, den Nachweis des Erbrechts durch Erbschein verlangen; auch im Verkehr wird regelmäßig bei wichtigeren Angelegenheiten in solchem Falle die Beibringung eines Erbscheins gefordert. Dieser soll aber nach § 2360 BGB. auf Grund des eigenhändigen Testaments nur gegeben werden, nachdem diejenigen gehört worden sind, welche bei Unwirksamkeit des letzteren Erben sein würden. Das sind aber in unserem Falle diejenigen, welche in dem widerrufenen Testament eingesetzt waren. Dafür, daß der § 2360 BGB. in solchen Fällen eine Ausnahme erleide, findet sich im Gesetz keinerlei Anhalt. Ebensowenig Anhalt ist aber auch dafür gegeben, daß es dem Willen des Gesetzgebers entspreche, denjenigen, die im widerrufenen Testament eingesetzt waren, die vielleicht in der Lage sind, die Rechtswirksamkeit der widerrufenden Verfügung in Frage zu stellen, von der Betätigung ihrer Rechte dadurch auszuschließen, daß ihnen jede Kenntnis dieser Rechte grundsätzlich abgeschnitten wird.

Wenn nun auch wirklich das widerrufene Testament in einzelnen Fällen gänzlich bedeutungslos sein kann, eine Voraussetzung, die, wie schon dargelegt, hier nicht zutrifft, so kann dieser Umstand, wie Goslich a. a. O. 103 zutreffend ausführt, doch nur auf Grund eingehender Erörterungen und nur mit mehr oder weniger Wahrscheinlichkeit festgestellt werden. Es müßte, bevor das Unterbleiben der Eröffnung verfügt werden dürfte, ein Verfahren wie das in §§ 2355, 2358 BGB. geordnete stattfinden, und hierfür bietet das Gesetz wiederum keinerlei Anhalt. Dazu kommt, daß dann, wenn man die Zwecklosigkeit der Eröffnung als Beweisgrund für deren Unzulässigkeit aufstellt, zu viel bewiesen wird. Die Unzulässigkeit würde dann auch in anderen Fällen zu folgern sein, als solchen, wie sie in den oben angeführten Belegstellen behandelt sind; so in dem Falle der völligen Vermögenslosigkeit des Erblassers. Die Unzulässigkeit dieser Folgerung dürfte aber auf der Hand liegen.

Digitized by Google

Endlich ist darauf hinzuweisen, daß nicht abzusehen ist, was aus einem Testament werden soll, welches nach dem Ableben des Erblassers nicht eröffnet wird.

Das BGB. enthält für die Behandlung der bei Gericht hinterlegten Testamente, abgesehen von den nur das gemeinschaftliche Testament betreffenden Sondervorschriften des § 2273 nur die durch § 2263 bekräftigte Vorschrift des § 2260, nach welcher die alsbaldige Eröffnung stattzufinden hat. Wollte der Gesetzgeber Ausnahmen hiervon zulassen, so mußte er diese genauer regeln; er mußte z. B. regeln, wo das nicht eröffnete Testament weiter zu verwahren sei, ob es an einen Beteiligten hinausgegeben werden dürfe, und an welchen; er mußte endlich auch regeln, unter welchen näheren Umständen die in § 2259 BGB. allgemein ausgesprochene Herausgabepflicht hinsichtlich des widerrufenen Testaments nicht stattfinde. Dafür aber, daß das Gesetz in dieser Beziehung wegen Fehlens notwendiger Bestimmungen lückenhaft sei, fehlt wiederum jeglicher Anhalt. Allerdings hat Böttticher (Lobes Centralblatt für FG. 2, 712, f.) nachzuweisen versucht, daß die Frage durch die mit § 246 Sachs. Weim. AG. zum BGB. übereinstimmenden Vorschriften des preußischen AG. geregelt sei, daß unter Umständen eine weitere Verwahrung und die Eröffnung nach Ablauf von 54 Jahren seit der Errichtung in Frage komme. B.s Beweisführung ist jedoch als mißlungen zu erachten (vergl. Goslich a. a. O. S. 106).

Endlich wird im vorliegenden Falle von den Beteiligten, allerdings ohne einen Versuch der Begründung, die Ansicht vertreten, daß die Erben die Rückgabe des widerrufenen Testaments fordern könnten. Dem ist entgegenzuhalten, daß das BGB. eine Zurückgabe nur gemäß § 2256 Abs. 2 zuläßt, und daß es dabei scharf betont, daß sie nur an den Erblasser persönlich erfolgen kann. Diese Vorschrift bezieht sich allerdings zunächst nur auf die Rückgabe bei Lebzeiten des Erblassers, allein es ist, schon mit Rücksicht auf die Bedeutung, welche das widerrufene Testament noch gemäß §§ 2257, 2360 BGB. haben kann, nicht der geringste Grund für die Annahme vorhanden, daß nach dem Ableben etwa das Gegenteil gelte.

Die gleiche Ueberlegung verbietet es auch, dem lediglich schriftlich geäußerten, aber nicht verwirklichten Wunsch der Erblasserin, das Testament aus der Verwahrung zurückzunehmen, Gewicht beizulegen (vergl. Eingabe vom 6. Febr. 08). Wollte man darin auch eine den Erben erteilte Ermächtigung erblicken, so würde diese doch gegenüber § 2262 Abs. 2 BGB. keinen Bestand haben. Zudem vermag das Nachlaßgericht nicht zu entscheiden, aus welchen Gründen die Erblasserin

Digitized by Google

ihre Absicht, die durch die Rückgabe des Testaments im Hause jederzeit erreicht werden konnte, nicht verwirklicht hat.

Bemerkt sei noch, daß daraus, daß das fragliche Testament vor dem Inkrafttreten des BGB. errichtet ist, nichts gegen die Anwendbarkeit der Vorschriften des letzteren gefolgert werden kann. Die Vorschriften des EG. enthalten keinen hier in Betracht kommenden Vorbehalt gegenüber dem BGB.

4. Die nach § 627 ZPO. zulässigen Anordnungen sind ausschließlich vom Prozeßgericht zu treffen. Dieses kann die erforderlichen Anordnungen weder ganz noch teilweise dem Vormundschaftsgericht übertragen, auch nicht in der Form, daß es diesen gewisse, zur Ausführung der getroffenen Verfügung noch erforderliche Anordnungen überläßt. (§ 1635, 1666 BGB., § 627 ZPO.) Beschluß des AG. zu Jena vom 28. Februar 1908[1]).

Zwischen den Eheleuten H. ist ein Rechtsstreit wegen Ehescheidung anhängig, in dessen Verlauf die 2. Zivilkammer des Großherzogl. S. Landgerichts zu Weimar auf Antrag der Ehefrau durch vorläufig vollstreckbares Urteil vom 22. November 1907 eine einstweilige Verfügung erlassen hat, welche u. a. dahin geht:

„ . . . . . dem Ehemann . . . . . wird aufgegeben . . . . ., der Antragstellerin jeden Mittwoch Nachmittag 2 Uhr in der Wohnung einer vom Vormundschaftsgericht Jena zu bestimmenden Person die Kinder der Streitteile zur Verfügung zu stellen . . . . ."

Daraufhin hat die Ehefrau H. durch Eingabe vom 6. Januar 1908 beim Vormundschaftsgericht beantragt über die Person, bei welcher der Verkehr mit den Kindern stattfinden solle, Bestimmung zu treffen.

Diesem Antrage konnte nicht stattgegeben werden.

Es ist davon auszugehen, daß, abgesehen von dem hier nicht in Frage kommenden Falle des § 1666 BGB., das Vormundschaftsgericht nicht in der Lage ist, während der Dauer eines zwischen den Eltern anhängigen Verfahrens in Ehesachen eine Verfügung zu treffen, welche die Sorge für die Person des Kindes oder den Verkehr der Eltern mit diesem trifft, daß solche Verfügungen lediglich von dem Prozeßgericht getroffen werden können, und zwar gemäß § 627 ZPO.

---

1) Eine von dem unterlegenen Teil eingewendete Beschwerde ist vom Landgericht unter Verweisung auf die Gründe der angefochtenen Verfügung zurückgewiesen worden.

Digitized by Google

(so Seuffert, ZPO. § 627 A 4; Petersen-Anger, ZPO. § 627 A 3 Note 10; KG. vom 11. Juli 1907 in Sörgel, Rechtspr.; KG. vom 20. April 1903 in KGJ. 26 A, 185). Die Befugnisse, welche dem Vormundschaftsgericht durch § 1635 f. BGB. eingeräumt werden, setzen erst ein, wenn der Ehescheidungsprozeß rechtskräftig entschieden ist. Die Scheidung der Befugnisse des Prozeßgerichts und des Vormundschaftsgerichts tritt auch darin scharf hervor, daß, ebenso wie während der Dauer des Rechtsstreits für ein Einschreiten des letzteren kein Raum ist, nach der rechtskräftigen Entscheidung für Anträge gemäß § 1635 f. BGB. der Rechtsweg verschlossen ist. (RG. v. 26. April 1906 JW. 1906, 393.) Wenn sich in der Praxis die Neigung zeigt, diese Scheidung zu ignorieren, so mag das daher kommen, daß ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 BGB. auch während des Prozesses zulässig ist, und daß dieselben Tatumstände, welche dieses rechtfertigen können, auch einer einstweiligen Verfügung des Prozeßgerichts als Grundlage dienen können.

Was von der Regelung des Verkehrs mit den Kindern usw. im ganzen gilt, trifft ebenso für Verfügungen zu, welche sich, wie die von der Antragstellerin begehrte, als Ergänzung einer Verfügung des Prozeßgerichts darstellen.

Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Ergänzung im vorliegenden Falle dem Vormundschaftsgericht vom Prozeßgericht übertragen worden ist. Eine Uebertragung der richterlichen Befugnisse ist nur insoweit statthaft, als dies durch besondere gesetzliche Vorschriften zugelassen ist. Diese Voraussetzung ist aber hier nicht gegeben.

Auch aus dem Gesichtspunkt, daß die dem Vormundschaftsgericht übertragene Anordnung zur Vollstreckung der einstweiligen Verfügung dient, läßt sich eine Zuständigkeit der angegangenen Behörde nicht begründen. In der von Dronke in ZZP. 29, 510 mitgeteilten Entscheidung des Landgerichts zu Köln wird eingehend dargelegt, daß es nicht zulässig ist, zur Vollstreckung einer nach § 627 ZPO. erlassenen Anordnung das Vormundschaftsgericht in Anspruch zu nehmen. Diese Darlegung gründet sich in erster Linie auf die scharfe Abgrenzung des Geschäftskreises beider Gerichte, auf welche auch oben hingewiesen wurde.

Mit Recht weist die angezogene Entscheidung auch darauf hin, daß aus § 627 Abs. 3 sich nichts dafür herleiten läßt, daß dem Vormundschaftsgericht eine mit dem Prozeßgericht konkurrierende Zuständigkeit beigelegt sei. Die a. a. O. vorgeschriebene Benachrichtigung erfolgt nicht, damit das Vormundschaftsgericht in der Lage sei, die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts abzuändern,

Digitized by Google

zu ergänzen oder zu vollstrecken; das Vormundschaftsgericht muß von den getroffenen Verfügungen Kenntnis erhalten, damit es nötigenfalls einen Pfleger zur Verfolgung der Unterhaltansprüche der Kinder bestellen kann; ferner damit es, wenn es sich nach rechtskräftiger Erledigung der Ehesache um eine Entscheidung gemäß § 1635 f. BGB. handelt, oder auch schon vorher, wenn ein Einschreiten gemäß § 1666 BGB. in Frage kommt, seine Maßregeln den Anordnungen des Prozeßgerichts angliedern kann.

§ 159 GVG., dem zufolge ein Ersuchen, welches durch das im Instanzenzug übergeordnete Gericht erlassen ist, nicht abgelehnt werden darf, kommt nicht in Frage. Die in der einstweiligen Verfügung dem Vormundschaftsgericht überwiesene Anordnung ist, wie oben dargelegt, sachlich kein Akt der Rechtshilfe, sondern eine Entscheidung, und sie ist ihm nicht in der Form des Ersuchens übertragen.

Die Frage, ob das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht zuständig wäre, die zwecks Vollziehung der einstweiligen Verfügung erforderlichen Anordnung zu treffen, ist nicht zu prüfen, da der vorliegende Antrag ausdrücklich auf eine Anordnung im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nicht auf eine Anordnung in Zwangsvollstreckungssachen gerichtet ist.

Bücherbesprechungen.

1. Oetker, Strafe und Lohn, Rektoratsrede. Würzburg (Stürz) 1907. 25 S.

Die Gedanken sind im wesentlichen folgende: Früher gab es in den Gesetzen nicht selten neben Drohung von Strafe Versprechen eines Lohnes für das entsprechende nicht strafbare Verhalten; jetzt gibt es als Lohn für nachfolgendes gutes Verhalten Fortfall verwirkter Strafe. Alle Rechts-Strafe ist schützende Vergeltung, niemals Schutz allein oder Vergeltung allein. Vergeltung rechtfertigt sich nur durch das Rechtsgefühl, welches gekränkt ist über den durch das Verbrechen erfolgten Bruch der für die Interessen der Gemeinschaft nötigen Rechtsordnung. Der Gesetzgeber steckt die Grenzen des Strafbaren ab nach dem sozialen Bedürfnis des Schutzes der einzelnen Rechtsgüter, und obwohl jeder Zurechnungsfähige das Gefühl seiner Verantwortlichkeit und eventuellen Strafbarkeit hat, ist daher nur die Theorie der General-Prävention, nicht die Theorie der Spezial-Prävention gerechtfertigt. Die heutige Strafe mag nicht genügend Schutz sein: sie muß aber jedenfalls noch immer wesentlich Vergeltung bleiben, und zwar vom Richter f e s t bestimmte; freilich darf sie auch von den Zwecken der Besserung, Abschreckung und Unschädlichmachung nicht ganz gelöst werden. Reue und Besserung dürfen verwirkte Strafe mindern oder gar tilgen.

2. v. Hitzig, Dr. H. (Prof. d. R. an der Univ. Zürich). Die Grenzen des Erbrechts. Zürich (Orell-Füßli) 1908. 34 S. 1 M.

Das gut ausgestattete Heft enthält einen am 14. 1. 1904. vor einem größeren Publikum zu Zürich gehaltenen Vortrag ansprechender klarer Fassung und 51 erst 1908 geschriebene Anmerkungen meist literarischen Inhalts; es kann Juristen und

Digitized by Google

Nicht-Juristen als interessante und lehrreiche Lektüre bestens empfohlen werden. Mit ihren bezüglichen Gedanken finden mit schlagender Kürze sich vorgeführt Hugo Grotius, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Mirabeau und Robespierre, das Gesetz vom 17 Nivose des Jahres II, Hegel und Stahl, Bluntschli und Baron, der Schweizer v. Planta und der Oesterreicher Zoll, Barolet, Bigallet, Lemonier u. a. m. Mit den bezüglichen Bestimmungen ihrer Gesetze sind angegeben Frankreich, Italien, Tessin, Waadt, Genf, Basel-Stadt, Wallis, Spanien, Belgien. Nach Erörterung aller jener Gedanken und dieser Bestimmungen gelangt H. mit dem jetzt Gesetz gewordenen Schweizer Entwurf eines BGB. zu dem Vorschlag: „prinzipielle Beschränkung des gesetzlichen Verwandten-Erbrechts auf die großelterliche Parentel und Intestat-Erbrecht des Gemeinwesens bei Fehlen erbberechtigter Verwandter.

3. Derselbe, Die Bedeutung des altgriechischen Rechtes für die vergleichende Rechtswissenschaft. Stuttgart (Ferd. Enke) 1906. 28 S. 1,20 M.

Dieser Sonderabdruck aus der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 19 enthält einen Vortrag, welcher am 20. 10. 1905. zu Berlin in der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft von H. gehalten ist, sowie 51 von ihm später hinzugefügte Anmerkungen, Quellen und Schrifttum betreffend. Die Bedeutung des altgriechischen Rechtes für die vergleichende Rechtswissenschaft wird eigentlich nicht erörtert und kann nach H. zur Zeit auch nicht erörtert werden; daß solche Bedeutung aber kommen wird, erhellt allerdings aus den Mitteilungen der Schrift über die vielen Stücke griechischer Rechtsgeschäfte und Satzungen, welche durch die Ausgrabungen und Papyrusfunde der Neuzeit zutage getreten sind, und die ohne Zweifel zu erwartende große Vermehrung derartiger Stücke. Jene vielfach geradezu überraschenden und außerordentlich mannigfachen Mitteilungen sind derartig interessant, daß H.s Schrift jedem Gebildeten und insbesondere jedem Juristen sehr empfohlen werden kann.

4. Ortloff, Dr. Hermann (Weimar), Gewerbliche Unternehmerverbände; die sog. Ringe, Kartelle, Syndikate, Alliancen und Trusts nach neueren Begriffsbegrenzungen. Gautzsch bei Leipzig (Felix Dietrich) 1909. 48 S. 0,75 M.

Diese Nr. 225—227 von „Kultur und Fortschritt. Hefte für Volkswirtschaft, Sozialpolitik, Frauenfrage, Rechtspflege und Kultur-Interessen" stellen mit besonderer Rücksicht auf Deutschland die Gegenstände ihres Sondertitels sowie der in Deutschland, Nord-Amerika und Oesterreich hervorgetretenen Gegenbestrebungen in klarer und gefälliger Sprache übersichtlich dar.

5. Nebinger, Dr. Robert, Referendar, Der nicht rechtmäßige Pfandverkauf und seine Wirkungen. Stuttgart (Kohlhammer) 1908. 50 S. 1,20 M.

Eine fleißige und gründliche, mit großer Umsicht geschriebene Arbeit, deren Ergebnisse mit Ausnahme derjenigen, welche den Erlös betreffen, sämtlich zu billigen sein dürften.

Nach Literaturangabe und einer geschichtlichen Einleitung stellt der erste Teil (S. 3—17) „die Nichtrechtmäßigkeit des Pfandverkaufs" dar, der zweite Teil „die Wirkungen", und zwar im ersten Abschnitt (S. 20—28) „das Schicksal der verpfändeten Sache", im zweiten Abschnitt das Schicksal des Erlöses: 1) beim rechtmäßigen Pfandverkauf (S. 29—41) und 2) beim nicht-rechtmäßigen Pfandverkauf (S. 41—48). Ein „Anhang" behandelt den „Fall einer Nicht-Identität des Verpfänders mit dem persönlichen Schuldner oder Pfand-Eigentümer. Unter Pfandverkauf versteht N. hier nur den Pfandverkauf des BGB., nicht auch den der ZPO.; unter nicht-rechtmäßigem Pfandverkauf begreift er sowohl die vom BGB. ausdrücklich in solcher Weise bezeichneten Fälle mit Ungehörigkeiten im Verfahren, als die im BGB. nicht solcherart bezeichneten Fälle eines Mangels oder Mangelhaftigkeit des Rechts zum Pfandverkauf. Von den Fällen ersterer Art behandelt N. indes diejenigen nicht, in welchen die Ungehörigkeit kraft § 1243 BGB. lediglich eine Schadensersatzpflicht des Pfandgläubigers zur Folge hat. Als andere Fälle ersterer Art benennt

Digitized by Google

und bespricht N. dagegen die Fälle ohne die gebotene öffentliche Versteigerung, mit zugehörigem Versteigerer oder sonstigem Verkäufer, ohne eine oder die andere der Voraussetzungen für freihändigen Verkauf. Als Fälle eines Mangels oder einer Mangelhaftigkeit des Rechts zum Pfandverkauf werden aufgeführt die Fälle ungültig bestellten oder bereits erloschenen Pfandrechts, übergegangener Pfandforderung, dem Eigentümer abhanden gekommener Pfandsache, mangelnder Fälligkeit oder mangelnder Geldeigenschaft der Forderung, rechtswidriger Pfänderauswahl, Verkaufs unter Wert und Preis.

Die auf den Erlös bezüglichen Ergebnisse N. können nur um deswillen nicht gebilligt werden, weil N. davon ausgeht, daß Dritte, welchen an der Pfandsache, Pfandrechte, Nießbrauch oder dergleichen Rechte zustanden, die ihnen dieserhalb hinsichtlich des Erlöses erwachsenden Ansprüche ohne weiters dem bisherigen Pfandgläubiger gegenüber zur Geltung bringen könnten und müßten, während dieser die Pfandsache doch nur zwecks eigener Befriedigung besaß und verkaufte und nunmehr lediglich die Verpflichtung hat, etwaigen Ueberschuß an den früheren Eigentümer, bezw. den Verpfänder herauszugeben.

Die übrigen Ergebnisse sind, wie gesagt, wohl sämtlich zu billigen, so insbesondere die folgenden: Unter mehreren Pfandsachen darf der Gläubiger nach Treu und Glauben die Wahl für den Verkauf treffen (S. 6). Verkauf unter Preis und Wert ist nicht nichtig (S. 7). Bei Verzicht auf Verkauf kein dinglicher Pfandvertrag (S. 11/12). Guter Glaube hinsichtlich eines Verstoßes gegen vereinbarte Verkaufsbedingungen macht, daß der Käufer die Pfandsache zu eigen erwirbt (S. 14). Der Pfandeigentümer kann auf etwaigen Ueberschuß den Käufer nicht in Anspruch nehmen (S. 27 ff.). Der kaufende Pfandeigentümer erlangt nur Befreiung seines Eigentums von den auch sonst durch Pfandverkauf untergehenden Rechten (S. 28). Der kaufende Pfandgläubiger erwirbt bei gutem Glauben Eigentum (S. 29). Pfandeigentümer und Pfandgläubiger werden bei überschießendem Erlöse Miteigentümer nach Verhältnis.

Hannover. W. Ch. Franke.

6. Vaillant, Dr., LR., Das Forstrügeverfahren nach dem Rechte des Deutschen Reiches und seiner Einzelstaaten. Tübingen (J. C. B. Mohr). 1908. 194 S.

Der Verfasser behandelt im ersten Hauptstück Begriff und Umfang der Forstrügesache und den Gang des Verfahrens und im zweiten die forstprozessualen Zwangsmittel. Zurückgehend auf die Entstehungsgeschichte des § 3 Abs. 3 EG. z. StPO. bestimmt er den Begriff der Forstrügesachen dahin: solche, Zuwiderhandlungen gegen Forste betreffende Streitsachen, in denen es sich auf Grund landesgesetzlicher, gemäß § 2 Abs. 2 EG. z. StGB. getroffener oder auf Grund reichsgesetzlicher, immer aber einen Forstfrevel im weitesten Sinne des Wortes regelnder Strafbestimmung um Verhängung einer kriminellen Strafe handelt. Nicht als Forstfrevel sollen danach Begünstigung und Hehlerei mit Beziehung auf einen Forstdiebstahl angesehen werden dürfen. Der Streit in der Literatur über diese Frage wird in einer Anmerkung behandelt (S. 14). Da aber die überwältigende Mehrzahl der deutschen Staaten die genannten Handlungen zu Forstrügesachen erklärt (S. 17), wäre eine eingehendere Untersuchung der Frage im Texte der Abhandlung erwünscht.

Die Nebenansprüche auf Einziehung und auf subsidiäre Haftung Dritter für Geldstrafe und Kosten sieht der Verfasser als verwaltungsrechtliche an, und aus dieser Eigenschaft folgert er die Zulässigkeit ihrer Mitüberweisung auf den Strafrechtsweg.

Die im Hinblick auf § 13 GVG. und § 3 EG. z. ZPO. zweifelhafte Frage der Zulässigkeit einer solchen Mitüberweisung des Anspruchs auf Entschädigung und auf Haftung für diese behandelt der Verfasser sehr eingehend und mit anerkennenswerter Berücksichtigung der darüber ergangenen Literatur (S. 49). Der auf Art. 107 EG. z. BGB. gestützten Bejahung der Frage wird man nur beitreten können.

Dagegen dürfte die Ausführung des Verfassers, die Vollstreckung der rechtskräftigen Urteile des Forstrügeverfahrens liege jenseits des Forstrüge-„Verfahrens" im Sinne der durch § 3 Abs. 3 EStPO. gegebenen Ermächtigung (S. 65, 122), Widerspruch hervorrufen, wie denn auch die Landesgesetze fast allgemein eine Regelung der Urteilsvollstreckung enthalten.

Die Praxis wird es begrüßen, daß sich der Verfasser nach sorgfältigem Studium

Digitized by Google

von Literatur und Rechtsprechung für die Zulässigkeit des Strafbefehlsverfahrens gegen Jugendliche ausspricht (S. 82).

Im Gegensatze zu Löwe, Stenglein, dem Kammergerichte und einer Anzahl von Landesrechten hält der Verfasser die landesgesetzliche Anordnung eines besonderen Verfahrens für andere Instanzen als die erste für unzulässig. Er begründet seine Meinung einleuchtend damit, nach dem Inhalte des § 3 Abs. 3 EStPO. sei das dort gestattete besondere Verfahren in so enge Beziehung zu den Amtsgerichten gesetzt, daß nur ausdehnende Auslegung das Verfahren auch in Beziehung zu den höheren Instanzen bringen könnte, eine solche Auslegung aber verbiete sich nach allgemeinen Grundsätzen (S. 63).

Unter den prozessualen Zwangsmitteln findet besonders eingehende Würdigung die Pfändung als Maßnahme zur Sicherung der Urteilsvollstreckung.

Die Abhandlung gibt eine dankenswerte Zusammenstellung der gesetzlichen Bestimmungen über das Forstrügeverfahren. Dem Stoffe wird die ihm an und für sich anhaftende Trockenheit genommen durch die kritischen Untersuchungen des Verfassers.

Münzel.

7. Jaeckel, Dr. Paul (Reichsgerichtsrat), Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, nebst dem Einführungsgesetz und den für Preußen ergangenen Ausführungs- und Kostenbestimmungen. 3. Aufl. bearbeitet von Kammergerichtsrat Güthe. Berlin (Vahlen) 1909. 19 M. Gebdn. 21,50 M.

Jäckel war der gegebene Kommentator für das Zwangsversteigerungsgesetz. Denn sein Kommentar über das preußische Subhastationsgesetz von 1883, das Vorbild des Reichsgesetzes, war von ausschlaggebender Bedeutung gewesen. Zwei Auflagen hat sein Kommentar erlebt, der uns die Kenntnis dieses komplizierten Reichsgesetzes vermittelte. Da starb sein Verfasser im Juli 1906. Es verstand sich von selbst, daß der Kommentar den Juristen erhalten bleiben mußte. Jetzt ist er in neuer Auflage vom Kammergerichtsrat Güthe bearbeitet worden, dessen Namen auf dem Gebiete des Grundbuchrechts einen guten Klang hat. Er ist im Geiste Jäckels fortgeführt worden. Dazu gehörte auch, wie uns der Herausgeber mitteilt, daß eine bessere Uebersichtlichkeit der Erläuterungen geschaffen worden ist. Im übrigen ist der in der Praxis und Literatur herbeigeschaffte neue Stoff in das Ganze verarbeitet worden. Das Buch hat dadurch nicht unwesentlich an Umfang zugenommen. Einer Empfehlung bedarf es nicht mehr, es gehört zu dem notwendigen Rüstzeug der Juristen.

8. Falkmann, R. (Senatspräsident am Kammergericht), Die Anfechtung von Rechtshandlungen durch die Gläubiger außerhalb des Konkurses. Berlin (Siemenroth) 1908. Gebdn. 3 M.

Falkmanns Buch über die Zwangsvollstreckung, dessen zweite Auflage eben in Lieferungen erscheint, ist die beste Darstellung, die wir über diesen Gegenstand haben. Seine Untersuchungen haben ihn dabei auch auf das Verhältnis der Vollstreckung zur Anfechtung geführt, und so ist das vorliegende Buch entstanden, das eine geschlossene Darstellung des Anfechtungsrechtes außerhalb des Konkurses enthält. Die Erörterungen knüpfen nicht kommentarartig an den Text des Gesetzes an, sind vielmehr systematisch geordnet. Das System ist überaus durchsichtig. Der Stoff ist lückenlos verarbeitet, der neueste Stand der Literatur und der Rechtsprechung ist berücksichtigt. An den Schluß ist außer dem Inhaltsverzeichnis ein Abdruck des Gesetzestextes gestellt, bei dem in Anmerkungen auf die betreffende Seite verwiesen wird, wo die einschlagenden Fragen systematisch behandelt werden. Das Buch wird dem Praktiker eine gute Hilfe bei seinen Arbeiten sein, indem es einerseits eine vortreffliche Orientierung in der Fülle der Entscheidungen gibt, andererseits immer wieder das Augenmerk auf die grundlegenden Gedanken des Gesetzes richtet.

9. Sello, Dr. Erich (Justizrat), Hauptprozesse und ihre Lehren. Auch ein Beitrag zur Strafprozeßreform. Berlin (Marquardt u. Co.) 1908. 2,50 M.

Nachdem sich die Sensation über diesen Prozeß gelegt hat, tritt der bekannte Berliner Verteidiger mit dieser Schrift auf den Plan, in der er zunächst den Tat-

Digitized by Google

bestand auf Grund unanfechtbarer Materialien feststellt und dann den Fall einer kriminalpsychologischen, strafrechtlichen und strafprozessualen Untersuchung unterzieht. Auch wer damals eifrig die Tagesblätter gelesen hat, wird in der Darstellung des Sachverhalts manche interessante neue Momente finden. Sello zweifelt nicht an der Schuld des Verurteilten, er erörtert eingehend die Bedenken, die gegen die Schuld geltend zu machen sind. Von besonderem Wert sind die Bemerkungen, die an den Verlauf des Prozesses geknüpft werden. Das Verhalten des Verteidigers, der Presse wird unter die Lupe genommen, die psychologische Suggestivwirkung eines Sensationsprozesses wird gekennzeichnet, die Bewährung des Schwurgerichts wird hervorgehoben, dem Beweiszwang in § 244 StPO. ein Loblied gesungen. Zum Schluß wird ein Vorschlag zur Verbesserung der Abstimmungsgrundsätze unterbreitet. Das Buch liest sich so leicht wie eine Unterhaltungslektüre, bietet aber genug des Interessanten, auch dem Juristen.

10. Joachim, Albert (Justizrat) — früher Walter —: Die deutsche Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879, nebst den landesgesetzlichen Vorschriften über die Gebühren der Rechtsanwälte. 5. Aufl. Berlin (H. W. Müller) 1908. Gbdn. 12 M.

Seit Joachim den Walterschen Kommentar herausgibt, hat dieser manche Verbesserungen erfahren, namentlich ist an die Stelle zusammenhangloser Anmerkungen eine systematische Bearbeitung des Stoffes getreten. Mag man auch hie und da von der Ansicht des Verfassers abweichen, vielleicht manchmal eine gewisse Neigung des Kommentars verspüren, eine zweifelhafte Frage zugunsten des Rechtsanwalts zu entscheiden, die Vortrefflichkeit des Werkes ist dankbar anzuerkennen, sein Einfluß auf die Rechtsprechung ist nicht zu bestreiten. Die neue Auflage bringt eine Erweiterung insofern, als die landesgesetzlichen Gebühren von Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg und Baden abgedruckt und zum Teil erläutert worden sind, und die Vorschriften der übrigen Staaten in einer Uebersicht bezeichnet worden sind. Selbstverständlich ist der neueste Stand der Rechtsprechung berücksichtigt worden; seitdem das Reichsgericht seltener Veranlassung hat, sich mit Kostenfragen zu beschäftigen, treten die Entscheidungen der Oberlandesgerichte mehr in den Vordergrund.

11. Friedländer, Dr. Adolf (Landgerichtsrat) und Dr. Max (Rechtsanwalt), Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878. München (J. Schweitzer) 1908 Gebdn. 9,60 M.

An einem eingehenden Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung hat es bisher gefehlt. Dabei ist dieses Gesetz nicht etwa uninteressant, vielmehr eine Fundgrube für unausgetragene Probleme und Theorien. Aber es behandelt keine geschlossene Materie, bald ergänzt es hier andere Gesetze, bald enthält es dort einen kleinen Ausschnitt aus einem umfassenden gesetzgeberischen Gebiete. Der neue Kommentar füllt die bestehende Lücke aus, aber er bietet noch mehr: Streifzüge in die den Anwaltstand berührenden Grenzgebiete. Vor allem ist die systematische Erörterung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Anwalt und der Partei zu erwähnen. (Exkurs vor § 30.) Sie ist eine dankenswerte Bereicherung der Literatur über das bürgerliche Recht, zugleich aber auch ein Beweis für die Unzulänglichkeit der gesetzlichen Bestimmungen über den Arbeitsvertrag. Für den Rechtsanwalt ist das Buch unentbehrlich, weil es über alle ihn angehenden Standes- und Berufsfragen eine zuverlässige Auskunft, namentlich auch eine Orientierung über die Judikatur des Ehrengerichtshofes gibt. Aber auch in den Gerichtsbibliotheken sollte das Buch nicht fehlen.

12. Sörgel, Dr. H. Th., Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht. 1. Jahrgang (Rechtsprechung der Jahre 1907 und 1908). Stuttgart (Deutsche Verlagsanstalt) 1909. Gebd. 9 M.

Der bekannte Herausgeber des Rechtes und der Rechtsprechung zum Zivil-, Handels- und Prozeßrecht tritt hier mit einem neuen, großzügig angelegten Unternehmen hervor. Es handelt sich um eine Sammlung aller Entscheidungen zu Gesetzen und Verordnungen, mit denen der Verwaltungsbeamte sich zu befassen hat. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch ist berücksichtigt, freilich nur so weit, als es Berührungspunkte mit dem öffentlichen Recht hat. Einen breiten Raum nimmt

Digitized by Google

das Versicherungsgesetz in Anspruch. Nicht nur Reichsrecht, sondern auch das Landesrecht ist berücksichtigt. Alles was in Veröffentlichungen an irgendeiner Stelle bekannt geworden ist, ist von dem Herausgeber und seinen Mitarbeitern zusammengetragen worden. Der ausgesprochene Grundsatz ist in einem oder mehreren Sätzen klar ausgedrückt, zum Verständnis bedarf es des Tatbestandes nicht. Die Ordnung des Stoffes nach Staaten und innerhalb dieser nach Materien ist so, daß ein Blick in das Inhaltsverzeichnis genügt, um das Gewünschte zu finden. Daneben steht ein ausführliches Inhaltsverzeichnis zur Verfügung. Man kann dem Werke voraussagen, daß es sich bei allen Verwaltungsstellen einbürgern wird, aber auch die Bibliotheken der größeren Gerichte werden darauf nicht verzichten können.

13. Helmrich, Konst. (Sekretär), Ortsverzeichnis der Thüringischen Staaten. 3. Aufl. Jena (H. W. Schmidt) 1909. gbdn. 2 M.

Das Ortsverzeichnis hat sich im Gebrauch der Behörden bewährt, nur war seit Jahren eine neue Auflage nötig, die den Stand der letzten Volkszählung wiedergab. Diese ist nun erschienen. Verzeichnet sind in alphabetischer Reihenfolge alle zum Bezirke des Oberlandesgerichts Jena gehörigen Ortschaften, außerdem diejenigen des Fürstentums Sondershausen. Angegeben ist bei den Ortschaften außer der Einwohnerzahl das zuständige Amtsgericht, der Postbestellort, die Gendarmeriestation und der betreffende Staat. Auf Zuverlässigkeit dürfen die Angaben Anspruch erheben, sie sind dem amtlichen Material entnommen, das zum Teil sonst nicht veröffentlicht ist.

14. Neumann, Dr. Hugo (RA., Rechtsanwalt in Berlin), Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen. I. Bürgerliches Gesetzbuch. Berlin (Vahlen) 1909.

Eine Orientierung über den Zweck dieses Werkes ist in den ThürBl. 55, 235 gegeben. Vom ersten Band sind 9 Lieferungen erschienen, deren letzte an das Mängelrecht beim Kauf heranreicht. Vom zweiten Band, der mit dem Besitz beginnt, ist die 6. Lieferung erschienen, die schon das Ehescheidungsrecht behandelt. Danach ist mit einem raschen Fortschreiten dieses Nachschlagebuchs zu rechnen.

15. v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 3./4. Aufl. München (Schweitzer) 1909.

Der Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch ist nunmehr in der neuen Auflage abgeschlossen, nachdem die 21. Lieferung den Schluß des Erbrechts gebracht hat. Es steht für das gesamte Werk noch eine Lieferung aus, die das Einführungsgesetz beendet und ein Gesamtregister bringt. Diese Lieferung ist noch in diesem Frühjahr zu erwarten.

16. Achilles-Greiff, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 6. Aufl. (In größerem Oktavformat.) Berlin (Guttentag) 1909. gbdn. 6,50 M.

Von der bekannten Handausgabe ist soeben die 6. Auflage erschienen. Das neue Material — Gesetze und Entscheidungen — ist natürlich berücksichtigt, dennoch ist der Umfang des Buches kein größerer geworden; man hat sich geholfen, indem man die bisherigen Erläuterungen zusammengedrängt und so Platz geschaffen hat. Das erste Buch hat Geh. Oberjustizrat Greiff in Berlin, das zweite Prof. André in Marburg, das dritte OLGR. Strecker in Celle, das vierte Ministerialrat Dr. Unzner in München, das fünfte OLGR. O. Meyer in Celle bearbeitet. Die Ausgabe genießt den besten Ruf und ist dementsprechend weit verbreitet.

Samwer.

Digitized by Google

Abhandlungen, Besprechungen von Rechtsfällen ꝛc.

Erfahrungen und Anregungen zur Kunst der Rechtspflege.

Weg mit allem unnützen Aktenkram.
Friedrich Wilhelm, Kronprinz.

Weltfremdheit, Buchstabengläubigkeit, Formalismus, bürokratisches Wesen, Prozeßverschleppung sind die Worte, die heutzutage den Richtern entgegenhallen, die ihre Fehler bezeichnen sollen. Gut wäre es, wenn es nur Worte wären, wenn man sie als leeres Gerede verlachen oder als schnöde Verunglimpfungen verachten könnte, aber es sind zu einem guten Teil bittere Wahrheiten, und wenn auch anderswo gesündigt wird, die Richter können nicht alle Schuld von sich abwälzen. Leider, leider liegt manches im Argen.

Mit scholastischem Formalismus betreiben die Richter vielfach die Kunst des Richtens zünftlerisch als Handwerk. Bei jedem Fall, wie er auch sei, nebensächlich oder wichtig, schält man allgemeine, ein für allemal gegebene Begriffe heraus, man meint die Wissenschaft zu pflegen und bringt nur einen verwässerten Aufguß. Wie der Geizhals beim Schätzesammeln verhungern kann, weil ihm das Geld Selbstzweck geworden ist, wie manchem Philologen über der Wortklauberei künstlerische Anschauung und Schönheit der Dichtung zum Teufel geht, so kommt der Richter oft über angeblicher Wissenschaft, Zitatenkram und Paragraphenspiel nicht zu seiner eigentlichen Tätigkeit, zum wirklichen Richten. Ueber der Form vergißt er die Seele. Seine Kraft braucht sich auf in den Mitteln, kommt nicht darüber hinaus. Er betrachtet und pflegt diese, er bleibt im Kleinlichen und Aeußerlichen stecken und vergißt, wo die großen entscheidenden Ziele liegen. Für manchen besteht die Feinheit der Jurisprudenz aus der Beschäftigung mit formalen „Kontroversen". Daß eine Streitfrage für den Fall nebensächlich ist, vergißt er oft ganz, er behandelt sie, weil sie eine Streitfrage ist. Prozesse und Urteile sind dann oft Zeugnisse des Fleißes und der

Digitized by Google

Gründlichkeit, aber von einer Umständlichkeit, entsetzlichen Nüchternheit, Kleinkrämerei und für die Parteien, das Leben öde und unfruchtbar. Oft hat man den Eindruck, als ob auf einer Insel des Luftmeeres die Richter es mit Begriffsmaschinen, statt Menschen zu tun hätten und sie selber Maschine und Schablone wären. Nach veralteten, aber zählebigen Denkgewohnheiten betrachten sie die Rechtsanwendung als mystische Wissenschaft. Sie bewegen sich einseitig mit Kleinigkeitskrämerei in ihrer Fachgelehrsamkeit, nur in ihrem Gedankenkreise, verbinden ihn nicht mit den Verkehrsverhältnissen des neuen Lebens, treten nicht in Fühlung und verwerten nicht die allgemeine Bildung und die sich wandelnden und vertiefenden Lebensanschauungen unserer Denker und gesamten Kultur. Von einem Nachempfinden, Nacherleben der Gefühle der Menschen oft nicht der leiseste Hauch. Hinter dem Richter verschwindet meist der Mensch. Das soll nicht sein, der Richter arbeitet für und unter Menschen, als Mensch soll er schaffen, als fühlender, wollender, aufbauender und gestaltender Mensch. Er soll nicht den Menschen ausziehen und Maschine werden, sondern Mensch bleiben, und dazu etwas Besonderes werden, Mensch mit geschultem Rechtsgefühl. Dann bedarfs nicht der äußerlichen Zuziehung der Laien; was dies vielleicht unter Umständen nützen könnte, erwächst dem Richter auf jeden Fall von innen, er muß in sich Laie bleiben. Rechtspflege muß in ihrem Kerne Natur sein, sonst ist sie nichts, jede Höherentwickelung, jede Kultur ist vorgeschrittene, entwickelte Natur. So muß diese, nicht etwas Absonderliches, Neues der Ausgangspunkt für die Rechtspflege sein.

Die zu hohe, einseitige Bewertung des Verstandesmäßigen ist das schwer abstreifbare Alterserbe des römischen Rechtes, das unlebendig die Richter so lange von unserem Leben, von der Kultur, die wir uns erringen, abgeschlossen hat. Eine gelehrte Kunst ohne Wurzeln im Volksleben war es. Wir haben tiefe Wandlungen in unserer Kultur erlebt, in Technik und Volkswirtschaft sind die Veränderungen ganz gewaltig, doch auch in den Lebensanschauungen langsam, aber deutlich sichtbar, trotzdem im persönlichen Leben noch der Schlendrian unzweckmäßiger Gewohnheiten und ungenügend begründeter Ueberzeugungen herrscht. Den Wandlungen müssen wir uns anpassen.

Daß die Kantsche Philosophie, die in ihrer Vielseitigkeit nach verschiedenen Seiten anregte, in neuer Zeit so hoch geschätzt und wie sie verwertet wurde, daß sie wieder auflebte, beruht zum großen Teil darauf, daß sie den Dogmatismus zerschlagen, die Unmöglichkeit aller Metaphysik nachgewiesen und die wissenschaftliche Erkenntnis auf

Digitized by Google

die Erfahrung beschränkt hatte. Man hielt sich an die Welt mit klammernden Organen, ließ die Auffassung fahren, daß die Vorstellungen das Ursprüngliche und Wesentliche im Leben der Seele seien, man erschütterte die Vorherrschaft des theoretischen Bewußtseins und legte sich darauf, bei der Verwendung des Tatsächlichen Sorgfalt und Verständnis zu zeigen und daran genaue Kritik zu üben. Es kommt, sagt Chamberlain von Kant, bei ihm auf Tatsachen an, auf Tatsachen, die man sehen muß, mit Augen sehen, nicht auf Definitionen und terminologische Spitzfindigkeiten und syllogistische Beweisführungen. Empirische Psychologie, die eindrang in die persönlichen und allgemeinen Motive der tatsächlichen Zustände, machte sich selbständig, wurde immer bestimmter ein eigenes Gebiet. Wir vertieften uns immer mehr in psychologische Erkenntnis und verbesserten die psychologischen Methoden. Als bedeutsamste Frucht wuchs die Erkenntnis hervor, daß in den Vorstellungsbildungen und den Vorstellungsverläufen von der einfachsten Empfindung bis zu den Ergebnissen der Begriffsbildungen das Entscheidende und Bestimmende die verschiedenen Formen des Willens sind, der Voluntarismus kam zur Herrschaft, der Idealismus des Willens und der Tat bricht an, der Intellektualismus wird zurückgedrängt. Der Glaube, daß die Vernunft die oberste Instanz sei, menschliche Verhältnisse zu regeln, wird immer mehr preisgegeben. Das Leben als Wollen und Wirken ist der höchste Wert geworden, die Bejahung des Lebens ist der höchste, beherrschende Leitsatz.

Der Intellekt wird geschätzt, indem er den Willen stärkt und erfolgreich macht, alles Wissen soll sich ausweisen durch das, was es leistet.

Vielfach macht sich nun auch im Rechtsleben ein leidenschaftliches Streben nach Erneuerung, heiße Sehnsucht nach Verjüngung geltend. Auch in ihr ruft die Zeit alle geistigen Kräfte auf, einen neuen inneren Gehalt zu erringen. An die immer voranschreitende Dichtkunst, die Malerei, die Baukunst, die Philosophie (das Suchen nach Weltanschauung, Kampf um einen neuen Lebensinhalt) ist der Modernismus umgestaltend gekommen, das Kunstgewerbe ist beinahe neu erstanden überall kann man klar sehen, hier ist alte Schule, nur Ueberlieferung, Stubenluft, dort freies Licht und Leben, Fortentwickelung, Willen. Alles wird von dem großen Gesetze der Einfachheit, Verinnerlichung, sachlicher Hingebung, Zweckmäßigkeit, von geschärftem Wirklichkeitssinn, vom Schaffen, zweckmäßigen Schaffen ergriffen, es kommt der Modernismus in die Theologie und die Schwester, die mit ihr so lange ein ungleiches Paar bildete, die Rechtswissenschaft und auch die Rechtsanwendung. Alles ist in Fortbildung, überall gehen Fäden

Digitized by Google

herüber und hinüber. Eine Rechtspflege, deren Formen und Dogmen nicht wachsen dürfen, die der Freiheit entbehrt, ist tot. Der Richter muß sich von freiem Geiste erfassen lassen, nur dann entwickelt sich die Gesetzgebung weiter, er ist ihr Vorarbeiter. Ist er nur Buchstabenmensch, so kommen wir nie, oder nur in Planlosigkeit und Zersplitterung zu anderen Gesetzen, auf keinen Fall aber zu einer inneren Erneuerung der Gesetzgebung.

Die folgenden Ausführungen wollen nicht durch Neuheit überraschen. Auch Binsenwahrheiten zu sagen, ist oft nicht unnützlich.

Das Wahre ist schon längst gefunden,
Hat edle Geisterschaft verbunden,
Das alte Wahre, faß es an!

Idealen kommt man auf der Erde nur durch Arbeiten am Menschlichen näher. Wir wollen Gedanken weiter verbreiten, die schon hier und da ausgesprochen sind, die in der Luft liegen, wollen die Zukunfts- und Lebensfragen der Rechtspflege in das Alltagsleben des Prozessierens überführen. Wir wollen in unseren Kreisen ein wenig mitwirken, den Geist der Rechtspflege zu mobilisieren, anregen zum Weiterschaffen des einzelnen Richters in seinem Kreise, die Rechtspflege frei machen von den Hemmungen durch die Last einer unwahren Ueberlieferung, Wege zeigen, die gebahnt sind, aber wenig begangen werden, Brücken schlagen über trennende Gräben, den Kampf gegen Bequemlichkeit und Philisterenge mit kämpfen, die Unfreiheit, die Enge zu überwinden helfen. Es läßt sich nicht vermeiden, auch scheinbar kleine Dinge zu berühren. Sie haben eine große Bedeutung. Alles Große setzt sich zusammen aus einer Häufung kleiner Dinge. Aus kleinen Wirkungen kommt die große Leistung. Mit dem Kleinen muß man beginnen, wenn man überhaupt allmählich im Großen eine Erneuerung der Rechtspflege erreichen will. Reife Frucht wächst nur mit Geduld und Kleinarbeit. Das Ziel steht vor uns. Es ist das alte Wahre; Lebenskenntnis, Wirklichkeitssinn, Eindringen in die wirklichen Tatsachen des Lebens und der menschlichen Natur. Unsere Richter müssen selbständig gehen, das Natürliche, wahrhaft Lebendige, Gesunde, Echte vor dem Erstarrten, Gemachten, Gekünstelten bevorzugen, Einsicht in das innere Wesen ihrer Tätigkeit gewinnen, daß sie lebendig werde, sich eigene Gedanken darüber machen. Es drängt doch uns alle der Gegenwart und Zukunft zu, wir wollen und müssen das Leben um uns herum verstehen und dürfen uns nicht eingraben zwischen Büchern und Papier und nur das als vorhanden ansehen, was durch Papier, Tinte und Druckerschwärze vermittelt wird. Es gilt auch in der Rechtspflege den Intellektualismus zu bekämpfen. Wer sich einkerkert

Digitized by Google

in die scholastisch-formalistischen Begriffe der orthodoxen Rechtspflege, dem höhlet sich das Recht von innen heraus aus, es geht in kritischer Tätigkeit auf, die Seele entflieht, das Menschliche schwindet, die Erdenluft entweicht; das wirkliche Leben und sein Recht ist etwas anderes, Innerlicheres, Tieferes, etwas Organisierendes, nicht Mechanisches. Das Recht stammt aus der vernünftigen Natur des Menschen, der praktischen Vernunft. Man soll die Rechtsbegriffe, mit denen man des Lebens Herr zu werden sucht, die man lehrhaft feststellt und dogmatisiert, die als Mittel ganz zweckmäßig sind, nicht gleichstellen oder gar verwechseln mit dem Leben, der schöpferischen Tätigkeit selbst, die Lehre nicht mit dem Schaffen. Beides ist not, das zweite aber ist nötiger. „Man tut nicht wohl, sich allzulange im Abstrakten aufzuhalten. Leben wird am besten durchs Lebendige belehrt." Ob die Ergebnisse der Wissenschaft, der aufgespeicherten Entscheidungssammlungen brauchbar oder unbrauchbar sind, förderlich oder tödlich, darüber entscheidet das Leben, das Gemüt, der Wille, die Seele. Aus einem Atlas lernt man noch lange nicht das Wesen der Landschaft und des Volkes.

Rechtspflege ist Lebenskunst, diese aber beruht auf Lebensanschauung und Lebensanschauung ist nicht rein wissenschaftliche Forschung, die nach ihrem Begriff ohne Abwertung nach Gefühl und Zweck auskommt, sondern sie wird innerlich gestaltet von den Werten, die unser Wollen und Handeln leiten, die unser Leben aufbauen. Leben ist mehr als Logik und Unlogik. Besserung muß aus den inneren Kräften kommen, in denen das für die Persönlichkeit Entscheidende, das Wollen und Handeln seinen Sitz hat.

Wehe dem Richter, wenn er sich von dem Wissensqualm das eigenste Persönliche verdunkeln läßt, wenn er so abstrakt und unpersönlich wird, daß er selber nicht mehr warm im Leben zu werden vermag. Es gilt für ihn, das Leben zu übertragen in den Gerichtssaal, nicht nach dem Wissen das Leben zu meistern. Das ist unmöglich. Die menschlichen Gaben sollen nicht verkümmern, auch der Richter soll Vertrauen haben zu dem schlichten Zuge der Seele, er soll nicht zu gebildet, verbildet sich geben, hochmütig und blind für das, was nicht in Buchstaben gefaßt ist, sich zeigen. Und was nicht in Paragraphen steht, was rein menschlich, praktisch förderlich ist, ist nicht wenig. Die Ausführungen sollen die Liebe wecken, die sich um die Sache, die Menschen wirklich sorgt, das Verantwortlichkeitsgefühl der Richter für die, deren Schicksal in ihrer Hand liegt, anspornen. Das ist das erste, dem nachzustreben ist, nicht die Sorge, wie ein Fall nach Begriff, Doktrin, leeren Prinzipien, Kommentaren entschieden werde und ob in einer Sammlung von

Digitized by Google

Entscheidungen und Auszügen etwa die Frage schon einmal berührt sei. Wichtiger als die schematische Beschäftigung mit den Dogmen und formellen Begriffen des Rechts ist es für den, der doch das Zusammenleben der Menschen zu ordnen hat, daß er welterfahren, lebensklug, menschenkundig Dinge und Personen durchschaut und im Einklang mit den Bedürfnissen des Staates seine Tätigkeit einordnet. Dadurch kommt er zur Selbsterziehung. Er wird nicht Querelen und Quisquilien für das eigentlich Ernsthafte seines Berufs halten. Er wird den richtigen Maßstab für seine Tätigkeit im Verhältnis zu dem Betrieb des ganzen Volks gewinnen, sie nicht unterschätzen, aber auch nicht in eiteler Selbstgefälligkeit überschätzen, als ob er unnahbar etwas Besonderes, gar nicht Vergleichbares mit dem übrigen zu leisten hätte. Er wird nicht einen winzigen Teil, den er zu bearbeiten hat, für die Welt halten. Er wird die einzelne Sache nicht höher bewerten, als sie Bedeutung für das ganze Volk hat, nicht jeden Stank und Quark für ein wichtiges Werk, nicht jeden Maulwurfshügel für einen Berg halten. Er wird die kleinlichen persönlichen Interessen der Parteien nicht überwuchern lassen, eingedenk sein, daß die Gerechtigkeit erfunden ist, damit die Menschen in Frieden leben. Als freier Kopf wird er bei allem Fleiße im einzelnen das große Ganze seiner Tätigkeit, seiner Wissenschaft und Kunst nicht aus dem Auge verlieren. Er fragt sich vorurteilsfrei, was der Kulturwert seiner Tätigkeit sei, sucht ihn zu erfassen, danach zu handeln. Er muß sich dem Ziel des Prozesses uneigennützig, selbstlos im Schaffen und Denken unterordnen, darf ihn nicht benutzen, um mit Wissensqualm und Formelkram um ihrer selbst willen aufdringlich zu glänzen und zu gleißen und zu zeigen, wie hervorragend er sei, wie er alles so gründlich genommen, alles zusammengestellt habe, besonders das Unnützliche. Es ist doch oft so hohl, eine Arbeit der Nebensächlichkeiten, sie begräbt das Wesentliche, das Lebende, das, worauf es verständigen Parteien ankommt oder ankommen sollte, was für sie wertvoll ist, sie gibt Steine statt Brot. Die Beherrschung des Rechtes zeigt sich auch, wenn sie nicht mit blähender Wichtigkeit hervorgehoben wird. Was Vorarbeit ist und sein sollte, darf nicht als eigentlich richterliche Arbeit erscheinen. Was Selbstverständlichkeit, was Unbedeutendheit ist, wird nicht dadurch wertvoll, daß ein Richter es breit behandelt. Hat er immer das Ziel im Auge, so wird er den Prozeß nicht planlos oder schematisch hinhängen lassen, ohne Rücksicht auf den Zweck, dem alles zu dienen hat, in den Zustand der Schwebe kommen lassen. Der Richter soll für Ordnung, Plan, Gliederung, Schönheit und Zweckmäßigkeit in

Digitized by Google

der Gestaltung sorgen, daß eins in dem anderen wirkt und strebt. Er soll mit Mannhaftigkeit, willensbewußt handeln und zu den rechten Zielen hinführen. Er soll immer eingedenk sein, daß der Geist nicht durch die Form getötet werde; die Formen sollen dem inneren Gehalte entsprechen, sollen Ausdruck der inneren Bedeutung der Vorgänge sein, Gefühl für richtiges Maß und Schönheit soll herrschen. Die Darstellung als Teil der Form soll eine verständliche Sprache, Einfachheit, Beschränkung auf das Schlicht-Notwendige zeigen. Die Erscheinungen müssen auf den einfachen Gedanken, die Gedanken auf den einfachen Ausdruck gebracht werden, das Zweckmäßige, Einfache, Echte muß überall der Leitstern sein.

Wir bleiben dann nicht lendenlahm hinter den großen Anforderungen der Zeit, die mit sich und ihren Aufgaben ringt, und den Auffassungen des Lebens, die immer mehr alles durchdringen, zurück. Wir kommen vom Papier zum Leben.

Auch für den Juristen sind die einfach-stillen, beschaulichen Lebenskreise der Väter zu eng geworden, es müssen auch für ihn die Werte des theoretischen Lebens verblassen, ihre Schätzung muß abnehmen, es zerbrechen und zerfallen die alten Formen, was aber fällt, das wollen wir noch stoßen. Schaffensfreudig auf das Tatsächliche gerichtet, soll der Richter einsehen, daß Gehalt und Sinn seiner Welt ein Reich von Willensbetätigungen ist, er soll herausgehen aus bedrängten und begrenzten Kreisen und hinaus zu energischem Handeln, praktischem Schaffen, zu tätiger Arbeit in gegebenen Verhältnissen eintreten, am sausenden Webstuhl der Zeit wirken, nicht in müßiger Geschäftigkeit ein Ragout aus anderer Schmaus zusammenbrauen. Das Wissen zerstückelt den Menschen, das Können und praktische Ueben führt ihn zur Einheit.

Erster Teil. Zum inneren Wesen der Kunst der Rechtspflege.

1. Die Rechtsanwendung im Zivilprozeß, Strafprozeß, der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist das formale Verfahren, den Abschluß, das sachlich richtige Recht für den einzelnen Fall zu finden. Dies braucht sich nicht immer nur in der richterlichen Entscheidung zu ergeben, sondern kann auch in einem Vergleich oder sonstwie zum Ausdruck kommen. Nun aber werden dem Richter selten feste Tatsachen unterbreitet, über die er sein Urteil fällen soll, und auch die Rechtssätze, nach denen er die Tatsachen beurteilt, liegen nicht immer vollständig vorgedacht und ausgedacht zur sofortigen Benutzung bereit. Wo Tatsachen und Rechtssätze klar und unzweideutig sind, rufen ihn die Parteien nicht

Digitized by Google

an, wo es bei dem einen oder dem anderen der Fall ist, ist die Sache nicht sehr schwierig. Die Hauptmasse der Sachen, die an den Richter kommen, bieten Zweifel wegen der tatsächlichen Feststellung und der rechtlichen Beurteilung. Er muß die Tatsachen festzustellen und das ihnen entsprechende Recht zu finden wissen.

Man hat bei dem Richter die Einprägung der Gesetzesbestimmungen für wesentlich gehalten, allgemeine Begriffe unabhängig von Menschen, Zeit und Raum konstruiert, seltsame Beispiele behandelt, bei denen sich einmal Rechtssätze in besonders auffälliger Weise zeigten, und daraus entspringt wohl auch in der Praxis die Freude am schönen Fall, der alle theoretischen Konstruktionen zeigen läßt. Es wird die Büchergelehrsamkeit begünstigt, die sich nicht in der anschaulichen Wirklichkeit zurechtfindet, sondern nur in den abgeblaßten Zeichen von ihr. Der Richter muß zwar die rein theoretischen Wahrheiten erkennen, das ist aber nicht der eigentliche Zweck seiner Tätigkeit, sondern die selbstverständliche Grundlage, auf der erst das, was er zu leisten hat, beginnt. Intellekt und Wissenschaft sind die Vorarbeiter, nicht Schöpfer.

Die theoretischen Kenntnisse sind nicht, was das Leben ausmacht, das dem Richter täglich in seinen neuen Erscheinungen unter die Augen kommt und Ordnung von ihm verlangt. Ordnung im menschlichen Leben schafft man nicht mit beschaulichen Betrachtungen, mit Konstruktionen, mit reiner Verstandestätigkeit, die die Dinge ruhig an sich herankommen läßt, sondern es müssen sich auch das Gefühl und die anderen Seelenkräfte regen, besonders entscheidend ist der Wille, die Art, wie er der Aufgabe, die Entscheidung zu finden, gerecht zu werden sucht.

Zu der Tatsachenfeststellung und der rechtlichen Beurteilung kommt deshalb als Drittes hinzu, daß der Richter die Vorschriften des Verfahrens und die Art, wie er die gesetzliche Ordnung des einzelnen Falles findet, in praktischer und taktischer Weise handhabt. Ueber den Vorschriften des Verfahrens und materiellen Rechtssätzen soll er das allgemein Menschliche nicht vergessen. Die Regeln der Prozeßordnungen sind nur ein Teil dessen, was seine Handlungen bestimmt, neben ihnen gibt es ungeschriebene Normen, die ein verständiger, anständiger Mensch ohne Geheiß beobachtet, die Gesetze der Lebensführung zum sittlich Guten, die für alle Menschen gelten. Als wollender Mensch soll er auch diesen, der innern Stimme folgen und darnach unbeirrt, mit kräftigem Willen auf das Ziel hinstreben, in befriedigender Weise Ordnung in dem streitigen Verhältnis zu erreichen.

Die Verfahrensvorschriften sind in einer manchmal kleinlichen

Digitized by Google

Weise gegeben, die Formen sind bestimmt. Aber ihre Anwendung hängt doch von dem Geschick des Richters, der mit ihnen arbeiten muß, ab. Selbst mit der schlechtesten Prozeßordnung kann der Richter, dem über dem Buchstaben das Menschliche noch nicht geschwunden ist, der als praktischer Mensch die Dinge behandelt, gute Ergebnisse erzielen.

Die Juristen haben, statt in die Kämpfe des Tages und das lebendige Leben hinabzusteigen, sich anderthalb Jahrhunderte damit beschäftigt, Buchweisheit, unlebendige, unfruchtbare Worte und Sätze immer wieder auszulegen und zu konstruieren, vor einem Jahrhundert setzte dies mit erneuter Kraft ein; im Kreislauf des Lebens ist die Zeit erfüllet, eine neue hebt an, sie müssen sich nun freimachen von der Trägheit, die das Bestehende in unterwürfiger Verehrung als gegeben hinnimmt, sich mit Auslegungsregeln ältester Schablone, nur für einen Fall geformt, begnügt und sich nicht zu fragen getraut, weshalb dies so und jenes so sei, sie dürfen sich nicht weiter derartigen bequemen Gewohnheiten hingeben, die sie umschmeicheln, wie ein willkommener Zwang des Schicksals. Das Suchen und Fragen um die Ziele ihrer Tätigkeit muß lebendig werden. Der Sturm der Entwickelung muß auch die stillen Täler der Alltagsrechtspflege ergreifen, die noch träge im Alten dahinschlummert. Wer sich vorzugsweise der Vergangenheit widmet, wird leicht rückständig.

Neben die Beschäftigung mit der Wissenschaft des Rechts muß immer mehr treten das Ausdenken, Erforschen und Kennenlernen der Kunst der Rechtspflege. Von vielen Seiten behandelt man jetzt die Kunst der Rechtsanwendung, ihre Methode und ihre Technik. Dies Gebiet ist lange vernachlässigt worden, es bietet aber dem Richter das Förderlichste, was er braucht, um seine Aufgabe zu erfassen und zu erfüllen. Wir müssen herausstreben aus überkommenen Gesichtspunkten, verlassen ausgelaufene Geleise. Es ist eine drängende Notwendigkeit, sich mit den Fragen der Kunst der Rechtspflege zu beschäftigen, soll das Recht nicht immer mehr als es schon tut, der sonstigen Entwickelung unserer Kultur nachhinken. Wer nicht weiß, weshalb und warum er handeln soll, von dem kann man nicht verlangen, daß er stark und folgerichtig handelt.

Das Recht ist Kulturerscheinung, begründet tief in den gesellschaftlichen Bedürfnissen, nicht einfaches kaltes Gebot über der Erde, seine Aufgaben sind im tiefsten Innern zwar unveränderlich, über dem Urgrund aber, der bestehen bleibt, ist Bewegung. Sie folgt der Entwickelung und den Bedürfnissen der Zeiten, was gestern notwendig war, ist erreicht, andere Forderungen des Tages kommen an die

Digitized by Google

Oberfläche und fordern Berücksichtigung, sie beeinflussen die Anwendung des Rechts.

Alles Recht ist selbst Entwickelung und jede Zeit hat es von sich aus neu zu verarbeiten und mit ihren Augen zu sehen. Die Rechtsanwendung gehört zur Kunst und zur Wissenschaft. Sie muß sich den Bestrebungen, die sich auf diesen beiden Kulturgebieten, wenn man sie im weiteren Sinne nimmt, geltend machen, mit allen Kräften nachfolgen. Der Richter muß, um den richtigen Standpunkt zu gewinnen, zunächst an das bisherige Verfahren zur Rechtsfindung einmal voraussetzungslos und unabhängig prüfend herantreten, es auf seinen inneren Gehalt untersuchen, nachsehen, ob Form und Inhalt sich decken, Forderungen und Entwickelung vergleichen, Ueberlebtes abstoßen und Keimendes, Lebendiges weiter entwickeln. Dann werden wir tüchtige und redliche Mitarbeiter am Werke unserer Zeit. Jeder Gedanke, der einmal als neu aufgetreten ist, hat im Anfang fruchtbringend gewirkt, schließlich wird das Ideal, das in ihm lag, zum toten Götzen, der schrecklich heischend seine Opfer fordert. Die Zeit der Uebergänge herauszufinden, ist Sache verständiger Betrachtung. Auf den Höhen der Kunst und Wissenschaft mag eine neue Lebensanschauung schon sich durchgerungen haben, es mag dort ihre Zeit erfüllt sein, so daß die weitere Betonung zum Unheil führt und eine andere Richtung in den Vordergrund treten muß. Die Ebene schlummert noch und dort ist noch Aufklärung und zähe Arbeit notwendig, soll es gelingen, die Beharrungskraft der Zustände, in die wir hineingeboren sind, zu überwinden.

Das, worum es sich bei dem Kampfe um die Rechtsanwendung handelt, hat noch nicht seinen Weg in das alltägliche Prozeßgetriebe gefunden. Entweder ganz unbewußt nach verborgen schlummernden alten Denkgewohnheiten, die als juristisch gepriesen werden, oder nach ein paar gläubig übernommenen Sprüchen hausbackener Altertumsweisheit, die überschätzt wird, wendet der Richter das Recht an und sucht den Prozeß abzuschließen. Wir stehen alle noch zu sehr in der Scholastik, noch tief im Mittelalter, sagt einmal O. Bülow. Wenn man sich auch bewußt sein muß, daß in der Kunst, auch der der Rechtsanwendung, das Können über alle theoretische Gelehrsamkeit weit emporragt und Sätze theoretischer Natur nur beschränkt wirksam sind, daß alle Gesetze der Poetik noch keinen Dichter machen und daß zum Richten noch etwas anderes gehört als Kenntnisse, so sollen die leitenden Gesichtspunkte für die Rechtsanwendung doch dargestellt werden.

Digitized by Google

2. Es wird befehdet, wie man es bisher in der Rechtsprechung gehalten hat, es wird ein anderes gefordert, die Ueberlieferung fühlt sich ins Wanken gebracht, sie wehrt sich gegen die Lebenserneuerung, der Kampf ist da, er schafft Bewegung, er wird auch die Grenzen regeln.

Mißverständnisse, Vorbeireden selbst von vielen Gleichstrebenden sind auch hier die unvermeidliche Begleiterscheinung, im Grunde handelt es sich bei den Bekämpfern der noch herrschenden Richtung um das gleiche Ziel, wenn auch die Wege verschieden sind. Der Kampf des Alten, Beharrenden, Bestehenden mit Entwickelung, Ausbildung, Umbildung ist immer derselbe. Die Gegensätze werden übermäßig herausgearbeitet, die Uebertreibungen werden schon von selbst an der Wirklichkeit, dem Bestehenden abprallen und das langsame, organische Wachstum kommt von selbst. Es gibt kein Entweder-Oder in der Entwickelung, keine Gegensätze, nur Uebergänge, Gradverschiedenheiten. Man soll neue Forderungen nicht deshalb, weil sie mit Heftigkeit auftreten, verdammen, man trägt dadurch nur dazu bei, daß die eigene Sehnsucht ungestillt verpufft. Alte Gedanken, die einseitig bis zum äußersten angebetet und befolgt worden sind, das gesunde Maß verloren haben, Erstarrung, die Vorboten des Alters und der Auflösung, zeigen und als eigensinnige Tyrannen noch herrschen wollen, können nur durch den Gegensatz bekämpft werden. Der Widerspruch, den sie herausfordern, sammelt sich zunächst in Gefühl und Willen auf und ergreift die Leidenschaft. Schließlich erstarrt auch das Neue, von dem er befruchtet worden ist, wieder im Verstandesmäßigen, wird pedantisch und von einem anderen Willen muß es erfrischt werden. Das ist der Kreislauf des Lebens.

Die herrschende Richtung bezeichnen ihre Gegner als formalistische, dogmatische, philologisch-konstruktive Methode, sie wollen sie ablösen mit einer neuen, freirechtlichen oder neurechtlichen. Diese geht unter dem Namen der ethisch-soziologischen, dem der Interessenabwägung oder ähnlichem. Es spiegeln sich darin die auch sonst die Entwickelung des Lebens beherrschenden Gegensätze wieder. Auf der einen Seite die Form, die als das Wesentliche angesehen wird, um ihrer selbst willen angewandt wird und herrscht, der Stil, der Begriff, der für sich besteht, auf der anderen Seite, im Gegensatz dazu, die Sachlichkeit, der Inhalt, das innere Leben. Dies beurteilt sich nach den Bedürfnissen, die es zu erfüllen hat, sein Dasein ergibt sich nach dem Zweck, dem es dient, nach diesem gestaltet es sich seinen Verlauf und die Aufgaben, die es sich setzt, darnach bildet es auch seine äußeren

Digitized by Google

Formen. Wahr und klar schafft es diese von innen heraus und putzt sich nicht auf mit äußerlichem, innerlich fremdem Prunke. Wir befanden uns in der rationalistischen Periode des Geisteslebens, in der die Schätzung der intellektuellen Geisteskräfte vorherrschte, sie artete aus in trockene Begriffsherrschaft, in kühle, rein verstandesmäßige Berechnungen, in Pedanterie; der Umschwung ist da und es setzt eine neue Strömung ein, die nicht allein auf verstandesmäßige Erwägungen sieht, in der sich vielmehr die Augen öffnen dafür, daß im menschlichen Leben das Gefühls-, Gemüts- und Willensleben eine entscheidende Rolle spielt, und daß dies nicht außer Acht bleiben kann, wo es sich um die Ordnung der Lebensverhältnisse handelt. Die Seelenkunde sagt uns, wie wenig das Wort, der Begriff bedeutet, wenn nicht die rechte Anschauung und das rechte Gefühl dahinter sei. So strebt auch die Rechtsanwendung hinaus aus der dürren Heide der Begriffe und sucht die grüne Weide; dem Gefühl, dem natürlichen Rechtsempfinden und den praktischen Lebensbedürfnissen soll wieder mehr Platz eingeräumt werden.

3. Das Recht ist zunächst Formsache, besonders ist es das Verfahren, so ist oder vielleicht war der Untergrund der bisherigen Gedanken, entscheide die formalen Tüfteleien vor allen Dingen und mit gieriger Lust, darin liegt das besondere Juristische, die Eigenart juristischen Denkens. Zunächst sieh zu, ob du die Klage, ein Rechtsmittel, einen Antrag aus formellen Bedenken abweisen kannst; wenns nur irgend möglich ist, so tus. Wenn die Parteien dadurch nichts haben als neue Kosten, es ist einerlei. Du bist Jurist und kümmerst dich darum nicht. Die Uebernahme einer Vormundschaft wird verlangt, es ist im Interesse des Mündels, die Uebernahme macht keine Arbeit, aber lieber mit langen, fein ausgeklügelten prozessualen Gründen abweisen, bis zur höchsten Instanz gehen, als mit einer Zeile entsprechen. Handelt es sich um Zeugenvernehmungen, so wird darauf, ob prozessual dem Ersuchen zu entsprechen sei, mehr Wert gelegt, als daß der Prozeß sachlich zu Ende kommt. Oberlandesgericht und Reichsgericht muß angegangen werden, weil es zwei Richtern mehr auf die Form als die Sache ankommt, der eine ersucht, der andere ablehnt. Wenn ein Schuhmacher einen Mahnbefehl beantragte auf Zahlung von 40 Mk. für Schuhwaren aus dem Jahre 1895, dann fand sich ein Richter, der ihn abwies, weil nicht angegeben sei, ob es Schuhe oder Stiefel gewesen seien, die Angabe des Grundes also nicht bestimmt genug gewesen sei (§ 690 ZPO.). Die Ueberspannung der Form brachte so das gute Recht manchmal zum Scheitern.

Digitized by Google

Demgegenüber ist zu betonen: das Prozeßverfahren ist kein Ding, das um seiner selbst willen da wäre, der Prozeß ist nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck, es handelt sich nicht darum, daß hinüber und herüber gestritten wird, das prozessuale Mahlwerk um seiner selbst willen in Gang gesetzt wird, es soll nicht bloß klappern, sondern Mehl geben. Es kommt darauf an, sachlich die richtige Entscheidung zu geben, den Streit überhaupt zu schlichten. Wer bewundernd „den reichen und feinen Formenapparat der Justiz des 19. Jahrhunderts" (die der Zivilprozeßordnung) lobt und als ärmlich schilt, wenn davon etwas beseitigt werde, ist versunken in den Anblick der prozessualen Schale und vergißt den Kern. „Du aber sorge zu allermeist, ob du Kern oder Schale seist". Er gibt dem Vorwurf recht, die engere Justiz mache ihre Jünger für alles andere verloren. Selbst in der Kunst, deren Wesen doch die Form und der holde Schein ist, gerät der reiche und feine Aufputz und Zierrat in Verruf. Nur bei Menschen des Verfalls ist die Form um ihrer selbst willen da und hat keine Wirkung außer ihr. Luxus in jeder Beziehung ist, was mit übermäßig viel Arbeit und Zeit in keinem Verhältnis steht zu dem Nutzen, den es verschafft, sei es Form des Parteibetriebs, der Mündlichkeit, der Urteilsabfassung.

Der Zivilprozeß soll der Partei geben, was ihr gebührt, indem ihr ein Recht zugesprochen oder abgesprochen wird; der Strafprozeß der Allgemeinheit, indem er den Schuldigen zur Strafe und den Unschuldigen zur Freisprechung bringt; dem dienen alle prozessualen Bestimmungen; nur so sind sie zu verstehen und anzuwenden.

Diese Ziele sicher, möglichst schnell und auch ohne überflüssige Kosten zu erreichen, muß das Bestreben des Richters von Anfang an sein, sobald er mit der Sache befaßt wird. Er soll sich immer bewußt sein, daß er in erster Linie den Bedürfnissen der Rechtspflege, und die stimmen überein mit denen der Parteien, die ihn angehen, denen des Staates, der Strafe oder Freisprechung fordert, gerecht werden muß, daß es aber nicht seine Aufgabe ist, formale Rechtsfragen um ihrer selbst willen von Grund aus zu behandeln, und sie mehr, als die Bedeutung der Sache oder der Zweck des Prozesses verlangt, schematisch auseinanderzusetzen. Die moderne Methode ruft dem Richter zu: Verständige Parteien haben dich nicht angerufen, damit über irgendeine äußerliche Prozeßfrage entschieden wird, auf die Sache kommts ihnen an, was hier Recht oder Unrecht ist, wollen sie wissen. Formen müssen in gewissem Maße sein, um Sicherheit und Ordnung zu schaffen. Aber nur wenn man es gar nicht umgehen kann, tut

Digitized by Google

man die Sache mit einer formalen Entscheidung ab, aber dann mit möglichst wenig Aufwand; denn man leistet mit solchen Entscheidungen nichts für die Parteien, tut höchstens Vorschub dem gehässigen Bestreben, Kosten zu verursachen für ein Nichts. Was für das Ziel, den gestörten Rechtsfrieden wieder herzustellen, zweckmäßig ist, muß der Richter in erster Linie benutzen, was es nicht ist und stört, Arbeit, die vergeblich angewandt ist, Zeit, die ohne alle Tätigkeit zu verstreichen pflegt, muß er vermeiden oder wenigstens beschränken und zurückdrängen. Fehlerhaft ist das Verfahren, wenn mit viel Zeitaufwand und Schreibwerk wenig erreicht wird. Wie in allen Dingen, so muß man auch im Prozeß schwierigere, verworrene Fragen auf einen einfachen Gesichtspunkt zurückführen, wenn man zu dem richtigen Verfahren kommen, bald das Ende erreichen will. Das Einfachste ist immer das Richtigste, aber auch das Schwierigste. Um was streiten die Parteien, was ists, das sie auseinandergebracht hat, was ist tiefer, und nicht nach der äußeren Streitstellung betrachtet, ihre Qual und ihre Beschwerde, das ists, das für den Endzweck von Bedeutung ist, das muß man besonders beachten und hervorheben.

Nebensächliche Dinge, insbesondere prozessualer Natur, muß man möglichst ausscheiden oder, wenn das nicht möglich ist, beschränken.

4. Materiell muß man die Sache möglichst von vornherein in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung gründlich prüfen.

Zwei Wege gibt es hierbei: Man kann von dem Boden der Wirklichkeit ausgehen, zunächst die Tatsachen, das einzelne darin erforschen und dann suchen, welcher Rechtssatz darauf paßt. Oder man kann erst das Rechtliche prüfen, man nimmt die Rechtssätze und sieht zu, was in der Wirklichkeit sich davon wieder findet.

Die erste Methode muß von den Niederungen des Lebens ausgehen, sie zeigt, wie alles bedingt, verwickelt, manchmal schwer faßbar ist, sie nimmt jeden einzelnen Fall vorsichtig für sich und kann nur selten allgemein gültige Sätze prägen.

Die zweite rechnet mit absoluten, gegebenen Begriffen, sie ist dem Begriff nach — diesen allein genommen — sicher und richtig, sie plagen wenig Skrupel und Zweifel, sie nimmt allgemeine Richtlinien, sie weiß mit neuen, allgemeinen, grundsätzlichen Aussprüchen aufzuwarten.

Die Praxis bevorzugt noch die zweite, der eine Richter tut es, weil sie höher, wissenschaftlicher scheint, aber nur scheint; nicht Höhenkunst, sondern Oberflächenkunst ist sie — der andere tuts, weil dabei Formel und Präjudizien bequem und gebrauchsfertig daliegen. Sie hat ihre

Digitized by Google

großen Gefahren. Der höchste Gerichtshof konstruiert aus einem besonderen Vorgang eine Regel, abstrahiert einen allgemeinen Rechtssatz, der alle Fälle zu decken scheint. Kommt dann ein neuer Fall, so sieht er, daß die theoretisch so wohlkonstruierte Regel auf das Lebensgebilde nicht paßt, rasch, manchmal voreilig ist ein Begriff geschmiedet, der vor der Erfahrung nicht standhält. Das Gericht windet sich mit künstlichen Erwägungen darum herum, um nicht in Widerspruch zu kommen mit seiner früheren Entscheidung, oder es muß sein Versehen eingestehen und den früheren Satz einschränken. Und menschlich ist es, daß es das nur widerwillig und allmählich tut. Die unteren Gerichte nehmen unterdes die allgemeine Regel als Dogma hin, glauben, mit ihr seien alle Fälle abgetan, übersehen gern und bequem die Unterschiede, die zwischen dem Fall, der ihnen vorliegt, und dem vom Reichsgericht entschiedenen bestehen, auf unfruchtbarem Boden lassen sie sich herumführen. Grade die Unterschiede machen oft das innere Wesen des Streites aus, die Parteien fühlen das dunkel und streiten; das Gericht erkennt es aber nicht. Es hält sich an Schlagworte, an Allgemeinheiten, die an allen Ecken mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmen. Was Goethe sagt: Allgemeine Begriffe und großer Dünkel sind immer auf dem Wege, entsetzliches Unglück anzurichten, kann sich auch der Jurist zu Herzen nehmen. Praktisch verfehlt und unheilvoll wird das Ergebnis, wenn in der Rechtspflege allgemeine Begriffe das Regiment führen. Die Verwirrung, die diese Methode in der Rechtsprechung oft erschreckend anrichtet, fordert gebieterisch, die induktive Methode anzuwenden, die einzelnen Lebensvorgänge zu erfassen und zu begreifen, Fälle ähnlicher Art nebeneinander zu prüfen und daraus auf das Gesetz, das anzuwenden ist, zuzusteuern. Denn die Rechtsprechung, als Kunst der Rechtsanwendung, hat es damit zu tun, Vorgänge und Menschen und ihre Handlungen nach ihren rechtlichen Beziehungen zu beurteilen und diese zu ordnen.

Der Mensch ist nicht so einfach zu ergründen, sein Wesen spottet der starren Regelung, das Leben spielt sich nicht so mechanisch nach Rechtsgrundsätzen ab, daß es die Untersätze zu den Rechtsregeln, den Obersätzen, einfach und rein hinstellte, so daß nur eine rein logische Schlußfolgerung ohne Willensentschließung und Werturteil zu ziehen wäre. Die Rechtsanwendung erscheint der doktrinären Auffassung nur als ein möglichst einfacher Syllogismus und weiter nichts. Das Leben aber ist der Gegenstand der Beurteilung, es ist das Ursprüngliche, Gegebene, nach seinen Bedürfnissen ist der Rechtssatz erst geschaffen,

Digitized by Google

nach ihm richtet sich die Rechtsregel. Das Gesetz ist um der Menschen willen da, nicht die Menschen um des Gesetzes willen. Das Konstruieren gibt keine Ergebnisse, die mit der Wirklichkeit übereinstimmen, es will das Leben meistern, statt das Bestehende als solches anzuerkennen. Wir wollen die Bedeutung des Begriffsmäßigen nicht vergessen, aber sie nicht für das Wichtigste oder allein Wichtige halten.

Wir dürfen uns nicht vermessen, die gegebene Wirklichkeit wegzuwerfen, an ihrer Stelle eine neue zu schaffen, eine Welt aus der Idee zu gebären. Ehrfurcht vor der Wirklichkeit, Wirklichkeitssinn, der jedes Ding, wenn es nur wahrhaft es selbst ist, mit liebevoller Teilnahme umfaßt, beseele uns immerdar.

In der umgekehrten Richtung führt derselbe Weg zum Ziele, wenn man das Gesetz hernimmt und zur richtigen Auslegung von ihm kommen will. Das Gesetz ist nicht ein Gebilde in dem luftleeren Raum der Begriffe, nicht zurecht gemacht aus Dogmen, Abstraktionen und einem System solcher, sondern in der Hauptsache gewachsen nach der natürlichen Entwickelung des Lebens. Gesetze sind die angemessene Ordnung des Lebens, geworden aus den Erscheinungen und Anschauungen des realen Lebens, aus den Beobachtungen, Erfahrungen und Vergleichungen, wie der Verkehr sich vollzieht; wie billig und rechtlich denkende Menschen ihre Interessen nach ihrer Abwertung und nach ihren Bedürfnissen ordnen, das hat man nach Zweckmäßigkeitserwägungen zur Satzung gemacht.

Das Gesetz ist deshalb auch nicht aus einem System von Abstraktionen und Konstruktionen mit mathematischen und logischen Schlüssen zu erklären und zu deuten; will man den wahren Sinn erkennen, so muß man auf die wirklichen Quellen zurückgehen, sich halten an die Tatsachen des Verkehrs, die gemeinsame Rechtsüberzeugung, die Bedürfnisse des Volks. Die Begriffe, mit denen das Gesetz arbeitet, sind erst der Zweckbetrachtung entnommen.

In allen Fällen, in denen eine Tatsache nicht eindeutig und spiegelklar, unbeeinflußt und rein von widerstrebenden Auffassungen vorliegt, ist es darum logisch und psychologisch richtiger, die erste empirische Methode zu bevorzugen, und aus dem einzelnen auf den Rechtssatz hinzustreben. Man bleibt vor den Gefahren der zweiten bewahrt. Man hält nicht schon damit, daß man begrifflich feste Rechtssätze hat, die Aufgabe für gelöst, man ist nicht, ehe man die Einzelheiten der Sache richtig erkannt hat, schon nach der Formel damit fertig, was ihr Wesen ist, man verliert sich nicht in blutleere Theorien und Formeln, man ordnet sich nicht solchen unter, deutet die Tatsachen nicht

Digitized by Google

bewußt oder unbewußt gewaltsam um, bis sie sich der vorgefaßten Meinung fügen und übersieht nicht unbewußt an ihnen das, was zu dem angenommenen Rechtssatze nicht paßt, man wird aber dem Leben, das mannigfaltig und immer neu sich abspielt, gerecht, tut ihm keinen unerträglichen Zwang an, kommt zu einem sachlich befriedigenden Ergebnis. Man vermeidet es, den Prozeß von einem Nebenpunkte aus nur formell abzuschließen und den eigentlichen sachlichen Streit ungeschlichtet zu lassen. Man gehe daher realistisch-empirisch, nicht juristisch-dialektisch vor. Man schützt sich vor Buchweisheit, Reden in Abstraktionen, leeren Wortschällen. Man läßt die Dinge selbst auf sich sprechen und stellt nicht zwischen die Welt und sich Begriffe, Paragraphen und Meinungen anderer Leute.

Die noch herrschende Rechtspflege nimmt, wenn sie nicht zu dem zunächst gewünschten Ergebnis kommt, die Sache formell abweisen zu können, die Gesetzesparagraphen her, von denen sie annimmt, sie werden auf den Fall passen und wählt den aus, der nach dem äußeren Anschein, dem Wortlaut die Tatsachen am besten zu decken scheint. So kann es vorkommen, daß, wenn eine Abmachung vorliegt, eine Partei solle vor Ablauf der Mietzeit aus der Mietwohnung ausziehen und einen Geldbetrag dafür erhalten, ein Werkvertrag angenommen wird; der Auszug ein durch Arbeit herbeizuführender Erfolg, das Geld Vergütung dafür.

Man hängt sklavisch an dem Wortlaut, an den Buchstaben. Buchstabenauslegung ist zwar bei Rechtsgeschäften verboten, man rühmt sich auch wohl, daß man nicht an Worten hafte, aber es sind nicht alle frei, die ihrer Ketten spotten. Bei der nächsten Gelegenheit hängt man an einem Komma oder zeigt auf ein Wort, wie im Mittelalter Gegner in einem Religionsstreite. Immer und immer wieder kommt die alte Schule auf die plumpste Buchstabenauslegung zurück. Sie sieht das eine Wort an, nicht auf den Zusammenhang, den Sinn des Ganzen.

Das Gesetz ist widerspruchslos und lückenlos, meint sie, es enthält die Ordnung für jeden nur denkbaren Fall und jedes einzelne Wort ist mit Vorbedacht gewählt. Als ein Satz geschaffen wurde, hatte man den tiefsten und verborgensten Sinn jeder anderen Gesetzesstelle im Auge. Darum nimmt man die Buchstaben und Worte her, deutet sie grammatisch und logisch. Diese Art beherrscht noch vielfach die Rechtsprechung. Man darf aber den Satz, daß der Buchstabe tötet, der Geist aber lebendig macht, nicht für die Stunden geistiger

Digitized by Google

Erholung zurückstellen, sondern muß ihn als wirksame Lebenskraft zu jeder Stunde richterlicher Tätigkeit anerkennen.

Im übrigen hantiert man bei der Auslegung mit etlichen überkommenen Sprüchlein römischer Weisheit, die an der Oberfläche haftet, sich selbstgenügsam mit Scheinerklärungen zufrieden gibt. Meist sind mehrere Sprüche zur Hand, die sich nicht vereinigen lassen, und man kann damit diese oder jene Ansicht rechtfertigen. Aus Anlaß eines einzelnen Falles hat sie ein Mensch gemacht. Als ob solche Sätze, die aus engen Verhältnissen kommen und ohne Kenntnisse der Zukunft geschaffen sind, auch für ferne Zeiten mit anderen Gesichtsweiten und anderen Gesetzgebungsformen gelten müßten!

In einem Falle nimmt man den Gesetzeswortlaut ausdehnend, den Sinn weiter als das Wort, in einem anderen einengend, den Sinn enger als das Wort. Damit wird aber nur eine Regel gegeben, die mittelbar wirkt. Sie ist nicht das eigentlich Entscheidende, sie ist nur eine Verlegenheitsbegründung; wann extensiv, wann restriktiv ausgelegt werden soll, dafür ist nichts bestimmt. Dahinter stecken ganz andere Gesichtspunkte, die treibend sind.

Eine beliebte Auslegungsregel ist auch, daß Ausnahmegesetze und Ausnahmebestimmungen nicht ausdehnend ausgelegt werden dürfen. Was aber sind Ausnahmebestimmungen? Das kann ja ganz äußerliche Betrachtung sein.

Das Gesetz vom 25. Juni 1887 verbietet die Herstellung von stark bleihaltigen Geschirren und Gefäßen zur Verfertigung von Getränken und Fruchtsäften.

Das Reichsgericht sagt, ein Biersiphon sei kein Trinkgeschirr. Ein Gericht folgt ihm, das Gesetz, ebenso das Nahrungsmittelgesetz wäre eine Ausnahmebestimmung, eine Kartoffelpresse, die bleihaltig ist und die Gesundheit schädigt, fiele nicht darunter, wenn auch der Zweck beider Gesetze im allgemeinen sei, die Menschen vor Schädigung durch Gegenstände zu bewahren, die gesundheitsschädlich durch die Berührung beim Essen oder Trinken oder durch die Benutzung bei der Zubereitung von Speisen und Getränken wirkten. Gerade hierauf kommt es doch an, nicht auf den Wort- und Begriffsstreit, ob etwas in einer Uebergangszeit noch Ausnahme oder schon Regel ist, ob also ein Wortbegriff zutrifft oder nicht.

Ein anderes beliebtes Auslegungsmittel ist der Umkehrschluß. Wenn man darauf achtet, findet man, daß der größte Teil der Stümpereien von ihm herrührt. Weil etwas für einen Gegenstand gilt, soll es für andere nicht darunterfallende Gegenstände ausgeschlossen sein.

Digitized by Google

Das Verkehrte eines solchen Schlusses läßt besonders grell ein Schulbeispiel hervortreten.

Es ist angeschlagen: Hunde dürfen nicht mit in den Wartesaal gebracht werden oder: Hunde müssen an der Leine geführt werden.

Ein Bärenführer wendet die oberflächliche Logik so wie die Juristen an und bringt seinen Bären mit hinein, läßt ihn sogar frei laufen.

Zu einer Rangänderung zweier Hypotheken ist die Einigung der Gläubiger erforderlich (§ 880 BGB.). Derselbe Gläubiger hat zwei Hypotheken, die nacheinander eingetragen sind, erworben, er will ihnen gleichen Rang geben. Da eine Person sich nicht mit sich selbst einigen kann, sagen zwei Instanzen unter fleißiger Anführung vieler Literatur: die Aenderung ist überhaupt unzulässig. Der Gläubiger müßte eine Hypothek einem andern abtreten, dieser erklärte die Einigung, dann erst wäre die Sache gemacht. Das beruht auf einer äußerlichen, verkehrten Auslegung. Einigung hat zur Voraussetzung, daß die Möglichkeit des Widerspruchs vorliegt; wo ein Auseinandergehen überhaupt unmöglich ist, wo die Einheit schon gegeben ist, eine Einigung darum nicht möglich ist, weil ihr Ergebnis, Beseitigung des Widerspruchs, schon ohnedem da ist, ist die Rangänderung nicht nur ausgeschlossen, sondern selbstverständlich gegeben. Hier wie so oft ist nur der wichtigste Fall im Gesetz hervorgehoben, was selbstverständlich ist, von dem hat man geglaubt, daß es auch als selbstverständlich angesehen werde, man ist gar nicht auf den Gedanken verfallen, daß es anders sein könnte.

Die begriffsmäßige Auslegung, die unbedingt den Vorgang der Einigung fordert, steht auf der Höhe der Auffassung des Schaffners, den die „Jugend" als abschreckendes Beispiel anführt. Weil angeschlagen steht, Rauchen sei nur mit Zustimmung aller Mitreisenden gestattet, sagt er dem rauchlustigen Reisenden, der allein im Abteil sitzt, er müsse warten, bis zwei Mitreisende kämen und sie fragen, erst wenn sie einverstanden wären, habe er die Zustimmung aller Mitreisenden (Mehrzahl.) Das ist eine Satire, die unsere Jurisprudenz ins Innere trifft.

Wenn es in § 171 der StPO. heißt, auf Verlangen des Gerichtes hat die Staatsanwaltschaft die Akten vorzulegen, so sagt sich der Vorsitzende alter oder ältester Schule, wenn er beim Eingang des Antrags auch sieht, daß die Ermittelungsakten ganz zweifellos gebraucht werden: hier darf ich nichts tun, ich darf nicht bitten, nicht anfragen um die Akten, das ist ausgeschlossen, er zieht deshalb die

Digitized by Google

Akten nicht bei, er liest die Sache durch, gibt sie dem Berichterstatter, in der Sitzung des Senats erklärt er weitläufig, er halte sich nicht für befugt, die Akten beizuziehen und habe es nicht getan, man streitet sich darüber, ob diese Ansicht richtig sei oder nicht, der Berichterstatter trägt die Sache vor, man beschließt dann, die Akten beizuziehen, in einer Sitzung in der nächsten Zeit geht, weil der Senat anders besetzt ist, der Vortrag wieder von vorne los. Das erspart der Vorsitzende, der sich sagt, daß ein Verbot, die Akten beizuziehen, nicht vorliegt.

Ein anderer Fall: Wenn ein Senat anders besetzt wird, wie früher, liegt das Bedürfnis vor, daß über bereits verhandelte Sachen in der Besetzung mit den früheren Richtern verhandelt wird, weil diese eingearbeitet sind und eine unfruchtbare Verhandlung von vorn an vermieden werden soll. § 64 des GVG. bestimmt, daß nach Ablauf des Geschäftsjahres die Kammer in der früheren Besetzung entscheiden dürfe. Damit ist doch die Möglichkeit, daß bei dem Wechsel innerhalb des Geschäftsjahres das gleiche Verfahren stattfinde, nicht ausgeschlossen. Das Entscheidende ist der Wechsel der Mitglieder, nicht der Ablauf des Jahres, und der Zweck, der bei jedem Wechsel, nicht bloß nach Ablauf eines Jahres, sondern auch eines Vierteljahres derselbe ist, ja noch dringlicher Erfüllung fordert.

So beruhen die meisten unerquicklichen Entscheidungen auf verunglückten Umkehrschlüssen. Es ist schon viel gewonnen, wenn unsere Richter darauf achten.

Wenn man auch geneigt ist, im allgemeinen auf Auslegungen nach dem Wortlaut zu verzichten, so hält man sie besonders bei Formvorschriften für unerläßlich.

Nach § 2242 BGB. muß das Testament vom Erblasser unterschrieben sein. Erklärt er, daß er nicht schreiben könne, so wird seine Unterschrift durch Feststellung dieser Erklärung im Protokoll ersetzt. Daraus sollte man aber noch lange nicht folgern, für ungültig zu erklären sei das Testament, wenn es heißt, Testatrix war gelähmt und konnte nicht schreiben. Solcher Feststellung hat das Gesetz die Wirksamkeit nicht absprechen wollen. Wenn jemand wirklich nicht schreiben kann, ist die Feststellung hiervon ein viel augenscheinlicherer, natürlicherer, sicherer, zwingenderer Erklärungsgrund dafür, daß die Unterschrift fehlt, als wenn er nur *sagt*, er könne nicht schreiben und dies festgestellt wird.

Also analoge Anwendung, nicht Umkehrschluß. Auch bei Formvorschriften darf man nicht bei so äußerlicher Auffassung stehen bleiben,

Digitized by Google

auch den Zweck der Form muß man innerlich erfassen, auch da soll man sich nicht in Buchstabenschrullen verbeißen.

Wie der Umkehrschluß, so wird auch die Analogie schematisch nach Worten und Begriffen angewandt. Es ist Zufall, ob man da das eine oder das andere gebraucht.

Neben diesen formalen Hilfsmitteln aus Worten und Begriffen spielt der Wille des Gesetzgebers eine Rolle. Man betrachtet auch diesen oft recht äußerlich, als ob es darauf ankäme, festzustellen, was die bei der Abfassung des Gesetzes mehr oder weniger entscheidend beteiligten Personen gemeint haben. Man erklärt die Gesetzesworte aus Vorarbeiten, Motiven, Aeußerungen von Regierungsvertretern und Mitgliedern des Parlaments.

Nun gibt es ja Fälle, wo bei Erlaß eines Gesetzes ganz bestimmte Zusicherungen von der Regierung gegeben worden sind, wo ganz unzweideutig ein genauer Sinn und die Tragweite festgelegt worden ist und es würde äußerst bedenklich sein, entgegen den Zusicherungen, auf die man vertraut hat, und entgegen dem festgelegten Sinn das Gesetz auszulegen. Liegen derartige unzweifelhafte Willensäußerungen aber nicht vor, so sind einzelne Aeußerungen nicht ein entscheidendes Auslegungsmittel, es kommt nicht darauf an, was hinter dem Gesetz liegt, was vor dessen Erlaß verhandelt worden ist, es geht nicht an, daraus mit manchmal recht bedenklichen Interpretationskünsten alles abzuleiten, sondern entscheidend ist der objektive Sinn, der aus dem Gesetz erkennbar ist für jeden verständigen Laien.

Schließlich kommt zu allem, daß man sich in die Kontroversenstreitigkeiten in den Kommentaren und Sammlungen von Entscheidungen und Auszügen solcher stürzt, wo die Ansichten der Theoretiker und die früheren Entscheidungen sorgsam und kleinlich verbucht sind. Oft sucht man von vornherein in jedem Falle nach einer vorbildlichen Entscheidung. Man richtet sich nach der Zahl derer, die für die eine oder andere Ansicht sind, ohne zu fragen, wie viele etwas lediglich übernommen haben, man begnügt sich mit Auszügen, und der Sinn der früheren Entscheidung und die Besonderheiten des Falles fallen ganz unter den Tisch. Weil einmal das Reichsgericht ausgesprochen hat, es sei nicht rechtsirrtümlich, wenn eine Bierabnahmeverpflichtung auf 12 Jahre als nicht zu weitgehende Beschränkung des Gewerbebetriebs angesehen werde und später auch das Gegenteil als nicht rechtsirrtümlich bezeichnet hat, so wird gleich ein Satz formuliert, ein Bierabnahmevertrag auf 12 Jahre sei gegen die guten

Digitized by Google

Sitten und die Auffassung des Reichsgerichts, die ihn als nicht gegen die guten Sitten verstoßend ansehe, sei durch die spätere überholt.

Derweilen entscheidet das Reichsgericht doch nicht, daß die Bezugspflicht auf eine bestimmte Zahl von Jahren, 5, 6, $6^1/_2$ oder 7, übermäßig die Freiheit beschränke, sondern fordert nur, daß nach allen Umständen geprüft werde, ob eine drückende Abhängigkeit vorliege.

Die Präjudizien, wie sie gewöhnlich benutzt werden, befördern nur den hölzernen Schematismus. Man betet sie nach, läßt sie als Schemen an sich vorüberziehen, die sinnenfällige Beziehung zu der Eigenart des Falles fehlt, man hört nicht die Stimme des Richters, sondern ein hohles Echo. Er ist ein Automat, der immer dasselbe Lied spielt. Man reißt Sätze heraus, nimmt sie abstrakt, weil man gar nicht dazu kommt, konkret zu denken. Es ist ein Nachmachen des Vorgemachten, ein Abschreiben, keine befriedigende Selbsttätigkeit. Es ist alles da, fertig, man brauchts nur aufzuheben, eines eigenen Suchens brauchts nicht!

Selten geschiehts, daß man den Grund des Gesetzes als Erkenntnismittel zu seiner Auslegung benutzt.

Ist nun alles das bei Auslegung des Gesetzestextes angewandt, so nimmt man den Fall und konstruiert mit reinem, bloß den Gesetzen der formalen Logik folgendem Denken, mit dem Obersatz des Gesetzes und dem Untersatz des Tatbestands, der schablonenmäßig gewonnen wird, mit beinahe mathematischer Sicherheit als Schlußfolgerung die Entscheidung.

Man nimmt den Kauf, Miete oder sonst etwas als rein begriffliches, konstruktives Gebilde, als Vorstellung, vergleicht damit die Vorgänge, und sucht nachzuweisen, daß sie die nämlichen seien. Ganz ohne Zwang geht es manchmal nicht ab. Aus Begriffen entnimmt man Folgerungen, von denen man meint, sie tragen die Wahrheit in sich und bedürfen keines weiteren Beweises, man schnallt das Leben in schablonenmäßige Begriffe, als ob es absolute Dinge wären wie eine mathematische Formel.

Man operiert mit Worten, während man Lebensvorgänge zu beurteilen und zu regeln hat.

Den reinen, auf sich selbst angewiesenen Verstand läßt man über allem walten, die unkörperlichen Vorstellungen sind, verknüpft mit einander, sich selbst genug. Logisch-formal auf die Richtigkeit der Begriffe prüft man die Sache; ist begrifflich so wie man eben Begriff nimmt, alles richtig, so läßt man sich meist genügen. Auf angeblichen Denknotwendigkeiten ruhende Anschauungen, die über Raum und

Digitized by Google

Zeit stehen und aller Erfahrung ermangeln, sind von entscheidendem Einfluß.

Auf das Leben, seine Anschauungen, seine Bedürfnisse, seine Erfahrungen sieht man nicht. Und doch ist man, will man das, was dem Richter unterbreitet wird, äußere Vorgänge und das Seelenleben erfassen, auf Erfahrung angewiesen. Die Beobachtung ergibt eine fortgesetzte Abweichung von dem geraden durch das Denken konstruierten Wege, das Wichtigste schließt sich oft dort an, wo es sich scheinbar um Nebensächliches handelt. Die Gegenwart fordert Richter, die geübt sind im Leben, die Willen und Persönlichkeit haben. Pectus facit juris consultum. Die Bestimmung des Menschen geht nicht im Verstande auf. Was wirklich ist, was auf uns wirkt, erfassen wir nicht nur mit dem Verstande, wir erleben es mit dem Gemüte, schätzen es mit dem Gefühl, erstreben es mit unserem Willen. Der Verstand nimmt die Begriffe, Gefühl und Willen aber beurteilen die Dinge als Werte, werten und schätzen Vorgänge und Handlungen nach ihrer Bedeutung ab, wir beurteilen, worauf sich unser Schaffen und Handeln richtet, das sind nicht Begriffe, sondern Zwecke; wir suchen also die Zwecke zu erforschen. Das alles ist nicht Gegenstand des reinen theoretischen Urteilens, sondern Sache des Handelns. Leitsätze für die richterliche Tätigkeit sind also:

Siehe zunächst die Sache und die Personen an. Der Tatbestand, der sich abgespielt hat, die Personen, die an ihm beteiligt sind, das ist das Lebendige, das in erster Linie für den Richter steht. Es ist nicht ein mathematischer oder logischer Satz, der das Leben beherrscht, sondern manchmal recht verwickelte Zusammenhänge. Diese muß man erfassen. Man konstruiere nicht die Begriffe, sondern dringe tief in die Tatsachen ein, schäle sie klar heraus, zergliedere sie, unterscheide scharf, aber dann verbinde man sie auch und betrachte sie vielseitig in ihrem Zusammenhang und Zusammenhalt. Gerade an den alltäglichen Dingen, die der Gelehrte so gern beiseite läßt, darf man nicht achtlos vorübergehen, man muß die Dinge des Alltags verarbeiten. Nicht als etwas Fertiges soll man die Vorgänge nehmen: wie sie entstanden sind, nicht wie sie sind, soll man verstehen. Es gilt den Streitstoff, die Zusammenhänge mit praktischem Blicke für Dinge und Menschen gewissenhaft erforschen, Welt und Leben ringsum mit offenen Sinnen einzusaugen, in die Seelen der Menschen hineinzuschauen. Der Richter soll nichts Menschliches unerkundet lassen, soll die Fähigkeit haben, in die geheimsten Falten der Seele zu blicken und zu Motiven und Imperativen der Handelnden vor-

Digitized by Google

zudringen, von denen sie sich selber nie Rechenschaft geben. Er hat insofern dieselben Aufgaben wie ein Historiker.

Es gibt keine Schemen, keine allgemeinen Typen von Angeklagten, Zeugen, Klägern und Beklagten; es sind Menschen von Fleisch und Blut, die sich zwar ganz im allgemeinen gleichen, aber doch ihre Besonderheiten haben und nicht gleichmäßig auf dieselben Einwirkungen sich regen, verschiedene Denkungsart und Handlungsweise haben. Der Mensch ist kein ausgeklügelt Buch, er ist ein Mensch mit seinem Widerspruch. Es ist verkehrt, zwischen Menschen im Kriegszustande, bei denen Gefühl und Leidenschaft noch mehr herrschen als sonst, Frieden schaffen zu wollen, als ob es Schemen wären, mit ganz abstraktem Erwägen und Vorgehen.

Der Beklagte, der bestreitet, weil er nicht zahlen kann, der Beklagte, der sich wehrt, weil er böswillig nicht zahlen will, der Beklagte, der um sein Recht kämpft, der nichts schuldig zu sein glaubt, schon das sind große Unterschiede und ganz wichtig bei der Beurteilung des Prozesses und wieviel mehr ins einzelne gehen Abweichungen bei noch näherer Betrachtung. Der rückfällige Verbrecher, der Jugendliche, der zum ersten Male einen Fehltritt begangen hat, geben andere Aufgaben auf. Der Zeuge, der lügt, der, der sich nur irrt, der mit Urteilsvorsicht, zweifelnd und mit Bedacht aussagt, der schnell fertig mit dem Worte bestimmte Bekundungen macht mit dem Scheine voller Glaubwürdigkeit: all das sind innere Umstände, die ausschlaggebend sind bei der Beurteilung. Ist die Person, die in den Akten erwähnt ist und auf deren Bekundung etwas ankommt, ein Mann, eine Frau, ein Kind! Das sind Unterschiede, auf die der Richter zuerst sehen muß. Die Menschen muß man erforschen nach ihrer Denkweise, Gefühlsart, ihrer Art zu wollen. Dazu muß man den einzelnen erkennen und auch seine Umwelt. Man muß sich klar machen, wie die Empfindungen der Masse sich bilden und wie sie das Denken, Fühlen und Wollen des einzelnen beeinflussen.

Eine rationalistische Zeit, die nur im luftleeren Raum mechanisch richtig sich abwickelnde Prinzipien aufbaute, mochte an den Kräften des Menschen nur immer den Verstand als wirksamste Kraft ansehen und vollständig blind sein für das Fühlen und das Wollen. Jetzt, wo man eingesehen hat, daß nicht die Eigenschaften des Verstandes den Kern des menschlichen Wesens bilden, sondern die des Fühlens und Wollens, darf man sich nicht damit begnügen zu sagen, der Angeklagte hat das nicht getan, er hätte ja damit unverständig gehandelt; denn das ist bei der Vorherrschaft der Leidenschaft und Phantasie sehr

Digitized by Google

leicht möglich. Es ist eine zu oberflächliche Beurteilung, wenn ein Urteil ausführt, der Beklagte hat nicht unterlassen, 10 Stück Rinder zur Versicherung anzumelden, er konnte sich denken, daß die Versicherungsgesellschaft dahinter käme, er ersparte nur wenig Geld und setzte viel aufs Spiel, so unverständig ist niemand. Es haben schon oft Menschen kleinlichster Gewinnsucht halber Namen und Vermögen darangeben müssen. Die Menschen sind keineswegs so,. daß sie ein für allemal gleich als Gedankenmaschinen ihre Entschließungen fassen und ihre Taten vollbringen. Groß gibt als gute Lehre für den Kriminalisten, daß er nie die wichtige Lehre von der großen Dummheit vergesse, die bei jedem Verbrechen gemacht werde, und weist darauf hin, daß hundertmal Kriminalisten deshalb vom richtigen Wege abgelenkt worden seien, weil sie sich gesagt hätten: so dumm könne der Täter nicht gewesen sein. Das gilt für alles, was dem Richter zur Entscheidung gebracht wird, im Strafrecht wie Zivilrecht. Man muß die Macht des Trivialen kennen. Man soll nicht zu viel hinter den Handlungen des Menschen suchen, die Erklärung, die die einfachsten Vorgänge zugrunde legt, ist gewöhnlich die wahrscheinlichste, Beweggründe und Ziele derber Natur, die wenig Aufwand an Verstand fordern, sind oft die Triebfedern, wenn nicht im einzelnen für sich, so im Zusammenwirken mit andern.

Man soll den ganzen Seelenzustand prüfen nach praktischen Lebensregeln und Erfahrungen, eigenen Einsichten und Erlebnissen. Das lasse man nicht beiseite, sondern stelle es voran den doktrinär-juristischen Begriffen. Fehlen einem eigene Einblicke sicherer Art, so bilde man sich an Schilderungen, die mit intuitivem Blick und mit Wirklichkeitssinn Lebensvorgänge erfassen und das also Geschaute gut wiedergeben.

Man benutze mit selbständiger Prüfung gesicherte Forschungen moderner Seelenkunde, die Psychologie kann man immer mehr nutzbar machen. Bei der empirischen Methode steht die Psychologie in erster Linie. Man erfährt, wie Phantasie, Gemütsstimmungen, Leidenschaften, Willensimpulse den Menschen beherrschen, wie wenig es schließlich der abwägende Verstand ist, der die Vorgänge hervorgerufen hat, die uns nun als Fall zur Entscheidung vorliegen. Historische und psychologische Erfahrung, gewonnen auf welchem Wege es auch sei, sind der feste Untergrund, auf dem sich die Erkenntnis des Richters aufbauen muß. Prüft man die Wirklichkeit sorgfältig und legt den richtigen Maßstab an, dann läßt sich der Prozeß leicht auf den entscheidenden Gesichtspunkt zurückführen und man wird viele spitzfindige

Digitized by Google

theoretische Erörterungen nicht brauchen, die sich in den Weg gedrängt hätten, wenn man mit der Doktrin begonnen hätte.

Natürlich darf man, wenn man die Tatsachen prüft, die rechtlichen Gesichtspunkte nicht aus den Augen lassen. Man darf nicht Tatsachen nur auf Tatsachen häufen. Die rechtlichen Gesichtspunkte müssen immer den Weg mitbestimmen, man muß übersehen können, welche Gesetzesbestimmungen verwandter Art einschlagen könnten, nur darf man sich nicht von vornherein auf einen bestimmten Satz festlegen, von einer vorgefaßten Theorie ausgehen, sondern man muß sie zur Verwendung bereit haben, wenn es die tatsächliche Erörterung fordert, wenn man in der Tatsachenbeurteilung weit genug vorgeschritten ist, hingreifen können, daß man den passenden Rechtssatz mit praktischem Blick erfaßt, man muß den Tatsachenstoff denkend durchdringen.

Man wird bei derartigem Vorgehen, wo man vom Leben ausgeht, bei der Entscheidung wieder zum Leben zurückkehren. Von selbst wird sich dabei der Gesichtspunkt vordrängen, wie die Entscheidung, die man fällen will, wirkt, ob sie den sittlichen und wirtschaftlichen Bedürfnissen des Lebens, die zu schützen und zu ordnen das Recht gesetzt ist, entspricht, ob sie die Verhältnisse zwischen den Parteien, den Strafanspruch des Staates in billiger und gerechter Weise regelt, ob sie Rechtsfrieden schafft und das Rechtsgefühl befriedigt. Dem Falle wird das ihm innewohnende, das richtige Recht werden, hölzerner Schematismus wird vermieden. Wie man schön findet, was das Schönheitsgefühl befriedigt, so ist gerecht, was das Gerechtigkeitsgefühl befriedigt. Es wandelt sich mit den Zeiten, ist aber nicht rein subjektiv, sondern läßt sich für jede Zeit nach Voraussetzungen und Wirkungen zergliedern.

Von allen Streitigkeiten, die dem Richter vorkommen, betreffen mindestens neunzig vom Hundert Dinge, bei denen der innere Streit in der Tatsachenwürdigung, Beweisbeurteilung und Auslegung gipfelt.

Was ist bewiesen, was ist noch zweifelhaft, wer hat zu schwören? Dringt man tiefer in die Wirklichkeit ein, als man tut, wenn man Gedankenkünste voranstellt, so wird man bald zur Wahl und Wertung kommen, ob man etwas für wahr oder unwahr zu halten hat. Wird eine mündliche Vereinbarung, die neben einem schriftlichen Vertrage bestehen soll, behauptet, so wird man oft herausbekommen, daß sie neben den sonstigen Verhandlungen gar nicht getroffen sein kann und nicht bestehen kann, daß sie gar nicht wahr sein kann, man kann davon absehen, auf das formale Beweismittel des zugeschobenen Eides

Digitized by Google

zu erkennen und es der Partei zu überlassen, mit mehr oder weniger weitem Gewissen etwas zu beschwören, was für sie im innersten Gedanken nur Ueberzeugung, Auslegung, nicht wirkliche Tatsache ist. Man erspart Meineidsanzeigen und Untersuchungen, die sich aus unklaren, auf Rechtsbegriffe zurückführbaren Fassungen der Eide ergeben.

Oft hat doch der Richter solche letzten Endes auf dem Gewissen, da er seine Aufgabe der Partei überlassen hat.

Einem Beklagten wird ein Eid auferlegt, er habe dem Kläger vorgeschlagen, er solle abweichend von früher nur 1 M. Tagelohn bekommen und dieser habe sich damit zufrieden gegeben. Was heißt das? Hat der Kläger zugestimmt, hat er nur geschwiegen? ist Schweigen Zustimmung? Alles das überläßt der Richter durch die allgemeine Fassung dem Willensentschluß des Beklagten, der eine falsche tatsächliche Behauptung oder mehr oder minder kräftig eine Ansicht, die er vielleicht ganz unrichtig gewonnen hat, beschwört. Und im Meineidsverfahren vernommen sagt der Richter noch, der Beklagte werde diesen Teil des Eides, daß der Kläger sich zufrieden gegeben habe, subjektiv nicht falsch beschworen haben, und er fügt hinzu: Ob der Beklagte eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung im Sinne gehabt hat, weiß ich nicht, gesprochen hat er allgemein nur von einer Vereinbarung, ihn dazu deutlich Stellung nehmen zu lassen, lag für mich keine Veranlassung vor! Für die Entscheidung im Zivilprozesse war dies, wenn überhaupt eine Vereinbarung im Rechtssinne festgestellt werden konnte, ganz gleichgültig! Hier spukt ganz sichtbar bei hellem Tage das Gespenst eines rein begrifflichen Vertrags, der außerhalb der Welt der Tatsachen schwebt. Gerade die Feinheiten der Wirklichkeit geben die Anhaltspunkte, das innere Wesen zu begreifen, das Bezeichnende herauszufinden und das Richtige zu fassen. Bei richtiger Würdigung von Zeugenaussagen und sonstigen Beweismomenten wird sich oft ein Eid entbehren lassen. Ueberall hat der Richter selbst, nicht ein Parteieid, Vorgänge und Handlungen, Parteierklärungen, Rechtsgeschäfte zu deuten und auszulegen. Da aber kommt der Richter nur durch Sichversenken, lebendige Anschauung, Lebenserfahrung, durch das Bedürfnis nach praktischer Gestaltung zu Ende. Er bleibt nicht rein theoretisch aufnehmend, er wird angezogen, zum Nachschaffen getrieben, Gefühl und Willen regen die Selbsttätigkeit an. Aus Werten, und zwar geistigen Werten, erwächst, auf ihnen beruht unser geistiges Leben.

Der Richter wird schon durch das Gesetz selbst oft auf Werte, Interessen, die außerhalb des Gesetzes liegen, und die er durch Ge-

Digitized by Google

fühls- und Willensentschließung abwägen muß, hingewiesen. In den Bestimmungen der §§ 151, 157, 162, 242, 320, 815 BGB. sind die Verkehrssitten, Rücksicht auf Treu und Glauben, zum letzten Entscheidungsgrund gemacht.

Auch sonst läßt das Gesetz dem Willen des Richters Freiheit. So wenn er bestimmt die guten Sitten (§ 138), die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276), den wichtigen Grund zur Kündigung (§§ 626, 723). So in den §§ 119, verständige Würdigung, 328, Umstände, insbesondere Zweck des Vertrags, 343, 245, billiges Ermessen, 1568, schwere Verletzung.

Auch im Strafgesetz ist das nicht unbekannt. Der § 193 StGB., eine der meist angewandten Bestimmungen, verlangt bei der Beurteilung, ob Interessen berechtigt sind, eine Beleidigung straflos zu lassen, auch eine Abwägung, Berücksichtigung der Lebensverhältnisse im einzelnen.

Das „gefährliche Werkzeug" hat man nicht rein logisch zu erklären, sondern nach Lebenserfahrungen.

In allen diesen Fällen sind durch das Gesetz andere Werturteile und Willensentschließungen direkt zugelassen. Auch sonst muß der Richter den Inhalt von Worten ausfüllen, was ist Fabrik, Handwerk, Eisenbahn, Mißhandlung usw. In anderen Fällen hat das Gesetz selbst die Interessen geordnet, es erkennt nur sich selbst als entscheidende Norm an. Es gibt die letzte endgültige Entscheidung.

Der Richter wird, wenn das realistische Vorgehen ihm in Fleisch und Blut übergeht, anders auch in diesem Fall an das Gesetz herantreten, als wenn er Buchstaben- und Begriffssklave, Wortheld ist.

Es gibt keine mystische Person des Gesetzgebers, das Gesetz ist kein lückenloses System, in dem alles, was im Himmel und auf Erden ist, fein säuberlich eingeschachtelt, wohlgeordnet nebeneinander läge, in dem ein umfassender Geist vorschauend und umschauend alles in Gegenwart und Zukunft übersehen hätte. Es behandelt nur einen zufälligen, gerade ins Auge fallenden Ausschnitt, ist lückenhaft. Die Bestimmungen sind oft für andere Tatbestände, als sie wirklich vorkommen, gedacht. Als man das Gesetz gegeben, diesen Begriff geformt hat, hat man sich nicht Grenzfälle vorgestellt, sondern nur bezeichnende Regelfälle. In der Art, wie Gesetze in Regierung und Parlament ausgearbeitet werden, zeigen sich allerhand menschliche Unvollkommenheiten.

Man soll Lücken im gesetzten Recht nicht feige hinwegdiskutieren, aber immer in der Linie des Gesetzes ergänzen. Hinter dem Gesetzeswort steckt ein Gedanke. Er ist oft unvollkommen ausgedrückt, er ist

Digitized by Google

oft nicht zu Ende gedacht, mit dem Wort ist der Bereich des Gesetzes nicht erschöpft. Für Weiterbildung bleibt Raum, diese enthält oft erst den rechten Geist. Diesen Geist, der sich in den Worten verkörpert und fortwirkt, müssen wir zu ermitteln suchen, nicht, was sich ein Beteiligter am Gesetzgebungswerk gedacht hat. „Das Gesetz kann einsichtiger sein als der Gesetzgeber." Wo Zweifel bestehen, wo das Gesetz eine bestimmte Grundlage nicht gibt, wo man bisher bei der Gesetzesanwendung die Hilfsmittel aus der Rüstkammer gelehrter Auslegung holte, da wird Platz für den Gedanken, daß die Entscheidung der inneren Stimme und der Volksanschauung entsprechen muß, daß sie nicht zu unpraktischen, das Rechtsgefühl verletzenden Ergebnissen führt.

Der Buchstabenkult, die Wortkrämerei ist verwerflich. Der Wortlaut ist nicht das Ausschlaggebende. Nach ihm zu entscheiden wäre ja auch jedem möglich, der nur lesen könnte. Der Zusammenhang, der erkennbare Zweck des Gesetzes steht in erster Linie, er ist zu erforschen. Nach den Lebensanschauungen und Lebensbedürfnissen wird der Wortlaut mit dem Inhalt versehen, Begriffe werden ausgefüllt. Die Anforderungen, die das Leben stellt, ändern sich, es wird neuer Most in alte Schläuche gefüllt, absterbende Bestimmungen treten allmählich zurück, werden umgestaltet oder ausgeschaltet. Der Richter muß große Maßstäbe anlegen, die den unmittelbaren Erfordernissen des Lebens entnommen sind. Neue Erscheinungen werden den alten Begriffen angegliedert. Das kann aber nicht geschehen durch bloß logische Operationen, sondern indem man unsere ganze Entwickelung ansieht, volkswirtschaftliche, ethische, staatliche und gesellschaftliche Erscheinungen und Anschauungen verwertet. Auf der Seele muß es dem Richter brennen, daß ihm für diese Art seiner Tätigkeit das Gefühl lebendig wird.

Wie man sie schließlich bezeichnet, ist nicht so von Bedeutung; das Streben ist immer, nicht am schalen Zeuge zu kleben, nicht kleinlich auf ein Wort zu sehen, die Strenge des Buchstabens zu mildern und dadurch, daß man etwas Freies einsetzt, das Gefühl der Volksmasse oder innere Erwägungen, dem Lebendigen, Natürlichen, Wachsenden mehr Einfluß zu geben, alles an dem praktischen Leben zu prüfen.

Wenn das Gesetz selbst keine unzweifelhafte unabänderliche Bewertung vorgeschrieben hat, mag der Richter die entgegenstehenden Interessen nach objektiven Maßen, die der allgemeinen Schätzung materieller und geistiger Güter entnommen werden, abwägen, er mag das „richtige" Recht suchen, für „freie Rechtsfindung" sich begeistern.

Er mag auf den Wert des Ergebnisses sehen, daß er nichts Unvernünftiges, das Gedeihen des Volkes Hemmendes bringt.

Digitized by Google

Er mag die Rechtssätze, die er aus Gesetzen ableitet, an den Erfahrungen des Lebens prüfen, statt an der logischen Richtigkeit. Er mag die Rechtssätze zur Ausfüllung von Lücken und Zweifeln den Sitten und Gewohnheiten, wie sie sich auf irgendeinem Gebiete in dem Verkehr der Menschen untereinander gebildet haben und täglich neu bilden, entnehmen, das Verkehrsübliche berücksichtigen und die Erklärungen des Gesetzes auffassen, wie die Allgemeinheit es tut, die nach den Zwecken urteilt.

Es gilt mit festem Willen die Gerechtigkeit im Rahmen des Gesetzes zu verwirklichen. Wenn wir uns dafür entscheiden, bei der praktischen Tätigkeit des Richtens auch wirklich praktisch zu sein, nicht den Lehren von den Rechtsbegriffen Anwendungsfälle zu suchen, sondern für die Vorgänge nach lebendigen Rechtsempfindungen die angemessene, das Rechtsgefühl befriedigende Ordnung zu erzielen, so kann der Einwand kommen, das Rechtsgefühl fordere nach des einen Empfinden dies, nach des anderen jenes, es wirke ganz verschieden, es werde dadurch also die Willkür in die Rechtspflege eingeführt, doch sei gerade bei ihr die feste Ordnung und Sicherheit dringend zu fordern.

Es ist nun zwar richtig, daß bei verschiedenen Volkskreisen das Rechtsgefühl verschieden ist und andere Ergebnisse verlangt. Nimmt man aber die Sache nicht von oben her nach Begriffen und Schlagworten, sondern dringt in die Dinge ein, so wird man gerade vermeiden, seinen persönlichen Gedanken Raum zu geben und sein persönliches Wähnen und Meinen zur Entscheidungsnorm zu machen. Man findet sittliche Anschauungen, die die Gesamtheit außerhalb des Kreises der Parteityrannen und Parteisklaven beherrschen, Erfahrungssätze, die jedem Vorurteilslosen einleuchten, Grundsätze des Verkehrs, die überall im redlichen Handel und Wandel ohne Verabredung gehandhabt werden. Gerade bei einer realistischen Behandlungsweise unter Benutzung der Ergebnisse der Geschichte, Psychologie und Soziologie drängen sich diese Umstände dem Richter auf, sie bieten objektive Unterlagen für die Bewertung von Dingen und Menschen.

Die Psychologie, deren Anwendung besonders empfohlen wird, bietet immer mehr sichere Tatsachen. Sie beschäftigt sich mit den Erfahrungstatsachen, die in unmittelbarer Nachbarschaft derer liegen, die die eigentlich empirische Wissenschaft, die Naturwissenschaft, bearbeitet.

Auch aus der vertieften, geschichtlich und psychologisch behandelten Volkswirtschaft lassen sich Erfahrungssätze entnehmen.

Aus ihrer Anwendung gehen gesichertere Ergebnisse hervor, als beim Urteilen nach irgendwelchen begrifflichen Konstruktionen.

Digitized by Google

Der Richter bewertet den Fall nach seinen Besonderheiten, aber auch nach dem Gesetz. Er bekommt ein abgeklärtes Rechtsgefühl, das geschult ist in der Geschichte, der Entwickelung, der Gegenwart, in Menschenkenntnis und Verkehrserfahrung. Er hat Takt, er findet das, was das gesunde Gefühl der Volkskreise empfindet, auf dem unsere Geschichte, unsere Bildung und unsere Macht, unser Recht und unser Staat beruht. Er verkündet das Recht, das wir leben und als Lebendes in uns fühlen.

Unter diesem Gesichtspunkte haben auch Präjudizien ihre Bedeutung. Sie können Vergleichungspunkte, Prüfsteine abgeben, ob etwas geschichtlich in der Entwickelung begründet ist.

Sie sind außerdem bei äußerlichen prozessualen Formsachen, die rein mechanische Regelungen enthalten und bei denen jede innerliche Abwägung von vornherein ausgeschaltet ist, bei denen die Form Selbstzweck ist, zu befolgen.

Denn hier soll herrschen das Schema, das für Massenerscheinungen das Angemessene ist, das nicht abgelöst zu werden braucht von der individualisierenden Behandlung. Sie haben keine Eigenart. Hier soll man nicht rütteln und eine besondere Behandlung einführen wollen.

Sonst aber muß man dem einzelnen Fall gerecht werden. Auch dann, wenn es sich um Formen handelt, wenn solche in frage kommen, die innerliche Bedeutung haben.

Besonders neu und überraschend ist die empfohlene Methode nicht. Wer das Leben übersieht, weiß, daß selten etwas künstlich Gemachtes durchdringt, neue Anschauungen gehen hervor aus alten, beseitigen sie aber nicht vollständig, alle Entwickelung wächst, langsam setzt sich eins an das andere an. Gar mancher, der, die Segel mit Begriffen geschwellt, einfuhr in das Meer der Praxis, mag als ein Hausmittel von der Weisheit des Alters gehört haben: zunächst frage ich mich, wer ist im Recht, wer im Unrecht, wer will unredlich den anderen hereinlegen, erst dann suche ich nach den Gründen und mache sie mir zurecht. Auch das war nichts Neues; denn schon Bartolus hats so gemacht. Natürlich wollte der alte Praktiker auch nicht verurteilen oder abweisen, je nachdem es ihm nach seiner Zuneigung oder Abneigung gefiel, nicht etwa je nach dem Standpunkt, den er als Jäger zu Jagdvergehen hatte, drakonisch bestrafen, sondern er fragte sich wie andere oder er als rechtlich und redlich denkende Menschen in diesem oder einem ähnlichen Falle gehandelt haben würden. Danach also, nach seinem geschulten Gefühl, beurteilte er, welche Entscheidung der Sachlage gerecht werde.

Digitized by Google

Neu mag an der jetzigen Bewegung sein, daß man diese Art der Rechtsprechung in ein System zu bringen sucht und sie nicht mehr als unbewußten, versteckten Ratgeber benutzen will. Man fordert, wenn man nach der Natur der Sache, nach dem praktischen Ergebnis entscheide, solle man es auch frank und frei zu erkennen geben und sich nicht hinter Künsteleien verstecken. Wenn die Wortfassung so oder so ausgelegt werden kann, wenn die Vorarbeiten ebenso das eine wie das andere und nur gezwungen dies oder das beweisen, dann ist es unwahres Getue, wenn man die Entscheidung aufputzt mit allerlei Zierrat und Flittern, statt den wirklichen Entscheidungsgrund, das praktische Bedürfnis des Lebens, auszusprechen. Derart die Weise, wie man das Ergebnis gewonnen hat, zu verstecken, ist unwahr, widerspricht dem Wesen des wahren innerlichen Lebens, ist ein Spielen, des sachlichen Mannes in unserer Zeit nicht würdig. Geraden Weg und nicht krumme und unehrliche Schleichwege soll man gehen, ohne Umschweife soll man zum Ziele kommen, das Streben nach Schlichtheit, Echtheit, Innerlichkeit, Wahrheit, ist der Grundzug unserer Zeit. Das Richten soll nicht anders erscheinen als es ist. Wovon der Richter bisher im dunklen Drange, sich selber unbewußt, nebenbei oder im Verborgenen geleitet worden ist, das soll er aus dem Verstecke herausholen und fröhlich als Wahrzeichen seiner Tätigkeit vorausflattern lassen. Er soll den Streit als etwas Lebendiges, die Menschen Bewegendes innerlich erfassen und sich nicht rein äußerlich an Worte, Formen und Präjudizien anlehnen.

5. Soll der Richter zunächst Meister des Sachverhalts, des Tatbestandes, nicht Sklave der Dogmen sein, so sind ihm seine Aufgaben vorgezeichnet.

Aufgabe der praktischen Rechtspflege ist es also zunächst, das Tatsachenmaterial festzustellen, das ganze Sachverhältnis, besonders zweifelhafte Punkte, möglichst gründlich aufzuklären.

Als wichtigsten Teil dabei kann man die Vernehmungskunst ansehen, die Fähigkeit des Richters, daß er versteht, Parteien, Angeklagte, Zeugen mit Beherrschung der rechtlichen Gesichtspunkte und unter Berücksichtigung ihrer Auffassungsgabe, Ausdrucksweise, ihrer ganzen Art sich zu geben, ihrer Persönlichkeit klar und zweckentsprechend zu befragen, den Menschen zu erkennen und zu erfassen. Hierin beruht das wichtigste Mittel, die Wahrheit zu erforschen. Gerade hier macht sich fühlbar, daß unsere Richter nur Abstraktionen kennen. Sie unterscheiden Kläger und Beklagte, bei Zeugen meist nur beeidete und unbeeidete, damit ist in der Regel ihre Kunst zu Ende.

Digitized by Google

Selbst da wo nicht gelogen wird, bieten die Aussagen doch sehr oft Grund zur genauen Prüfung. Man kann nicht folgern, er hat geschworen, er ist ein zuverlässiger Mann, solcher schwört keinen Meineid, keinen fahrlässigen Eid, also ist das, was er gesagt hat, die Wahrheit. Damit schießt man weit vom Ziel. Die Bekräftigung durch Eid kann man nicht allgemein als Grund für die Wahrheit ansehen. Auch wer ehrlich die Wahrheit sagen will, unterliegt Irrtümern. An allen Ecken und Enden hat man bei einer Aussage Irrtumsmöglichkeiten. Es handelt sich bei einer Aussage um dreierlei, um Wahrnehmung, Erinnerung und Wiedergabe von beiden. Keins von diesen ist untrüglich. Alles beruht selbst bei den einfachsten Dingen auf Schlüssen, die kleineren oder größeren Fehlern unterworfen sind. Dazu kommt noch die Auffassung des Richters bei der Aussage, die auch Anlaß zu Fehlern bieten kann. Es gilt, die Mängel möglichst aufzudecken und zu mildern.

Die Wahrnehmungs- und Auffassungsfähigkeit ist ganz abweichend. Die Vorgänge und Zustände prägen sich anders ein, erzeugen verschiedene Sinneseindrücke bei dem Wahrnehmenden je nach seiner Persönlichkeit und Stellung. Bei dem Gesicht und besonders Gehör treten allgemein oft falsche Wahrnehmungen ein. Nimmt der Zeuge Anteil an der Sache, so ist seine Wahrnehmung sicherer, als wenn er sich aus irgendwelchen Gründen vollkommen gleichgültig verhält. Ist etwas für den Zeugen alltäglich, gewöhnlich, so achtet er nicht darauf, das ewig Gleiche übersieht er, das Neue beachtet er. Ist die Aufmerksamkeit auf den Punkt, auf den es ankommt, hoch gesteigert, so ist die Aussage anders, als wenn der Zeuge zerstreut oder ablenkbar ist, oder wenn seine Aufmerksamkeit durch etwas anderes in Anspruch genommen wird. Kinder beobachten schärfer als ein gleichgültig gewordener Mann, ihnen ist vieles neu, was es diesem nicht ist; wenn ihre Aussagen geschickt gewonnen werden, sind sie das wertvollste Material (Groß). Der gescheite, gutgeartete Knabe ist in der Regel der beste Zeuge. Andererseits unterliegen Kinder leicht dem Einflusse Erwachsener. Die Aussagen der Frauen sind, wie die Kriminalisten versichern, von vornherein mit Zweifeln aufzunehmen, Objektivität ist nicht die starke Seite der weiblichen Psyche, manche meinen sogar, der Mangel darin sei eine charakteristische Eigenschaft. Groß in seiner Kriminalpsychologie behandelt die Frauenaussagen eingehend. Lücken in seinen Wahrnehmungen füllt der Zeuge von selbst unbewußt aus. Das geschieht in verschiedener Weise, er hat sich etwas vorgestellt und nimmt an, es sei auch so geschehen. Er bildet sich etwas ein, er

Digitized by Google

glaubt daran. Er hat ein herausgerissenes Wort gehört und nimmt es in einem bestimmten Sinn.

Wer einseitige Beziehungen zu einem Beteiligten hat, faßt das besonders auf, was diesen angeht, er sieht mit dessen Augen und hört mit dessen Ohren, vernachlässigt das andere.

Dieselben Momente wie bei der Wahrnehmung wirken auch bei der Erinnerung. Der Eindruck wie das Wiederhervorrufen unterliegen vielfachen Einwirkungen und Verbindungen mit anderen Ideenbildern. Die Anteilnahme am Ereignis stachelt das Gedächtnis an, die Neigung für die eine Person hält die Umstände, die für sie wichtig sind, im Vordergrund und läßt sie in der Erinnerung haften, andere verschwinden. Gerade bei dem Gedächtnis spielt aber auch oft der Zufall die bedeutendste Rolle, ein Teil der Ereignisse, vielleicht der kleinste Nebenumstand bleibt haften, anderes verschwindet. Mit Phantasie, auch wenn sie nicht sehr rege ist, dichtet man hinzu, was man als nach der eigenen Ansicht selbstverständlich hält. Durch bloße Willensanstrengung kann man das Gedächtnis nicht dazu bringen, richtig zu funktionieren, diese treffende Seelenkunde findet sich einmal beim Reichsgericht. Das Gedächtnis ist bei verschiedenen Personen ganz verschieden stark.

Die Vernehmung wirkt nun auch verschieden ein und bringt das, was in dem Kopfe haftet, in verschiedener Weise heraus. Man soll nichts Unbilliges von den Zeugen verlangen, sie nicht gleich hart anlassen, wenn sie das eine wissen, das andere nicht, man versetze sich selbst in die Lage und prüfe, ob man sich noch tadellos erinnerte. Der Richter muß mehr noch als bei anderen Dingen bei einer Vernehmung eine ausharrende Geduld, Ruhe und Besonnenheit haben, vorsichtig, indem er sich in die Seele des Zeugen versetzt, das herausholen, was in ihm liegen könnte. Ihm moralische Vorhalte zu machen, führt gewöhnlich zu nichts. Man soll ihn verstehen und begreifen, nicht verurteilen.

Zeugen müssen möglichst bald vernommen werden. Je eher die Vernehmung den Vorgängen folgt, desto zuverlässigere Ergebnisse liefert sie. Werden Vernehmungen wiederholt, so geben die späteren die Wahrheit nicht so zuverlässig wie die ersten. Die ersten Vernehmungen müssen daher so eingehend und umfassend wie nur möglich sein.

In der Regel wird der Zeuge aus sich heraus am unbefangensten die Sache darstellen, die ursprüngliche Aussage, nicht die herausgeholte, ist zunächst zu erstreben, wie es auch die Prozeßordnungen vor-

Digitized by Google

schreiben. In manchen Fällen, wenn der Zeuge „gar nicht weiß, was er eigentlich weiß", genügt das nicht, der Richter muß ihn ausholen, er muß eingreifen, um Zweifel, soweit möglich, gründlich aufzuklären. In Punkten, auf die es ankommt, darf nichts dunkel und unbestimmt bleiben. Bei Vernehmungen, die wichtig sind und zu Zweifeln Anlaß geben, sind alle Umstände zu beachten, die die Wahrheit der Aussage beeinflussen können: es ist genau zu erforschen, ob der Zeuge als eigene Wahrnehmung erscheinen läßt, was nur fremde Erzählung ist, ob er das Ereignis richtig aufgefaßt hat, weshalb er Grund hatte, es zu beobachten, weshalb es ihm im Gedächtnis geblieben ist. Ist irgend etwas Falsches untergelaufen, eine Lücke geblieben, so wird ein Beschuldigter immer darauf zurückkommen, mag es auch nebensächlich sein, er verschanzt sich und schwer läßt er sich herausbringen. Genaue Feststellung ist unter allen Umständen von Vorteil. Unklarheiten, Weitläufigkeiten werden vermieden, die Sache wird unter allen Umständen wesentlich gefördert. Es gibt Fälle, die glatt liegen und leicht zu erledigen sind. Die Parteien benennen oft Zeugen aufs Geratewohl, diese wissen nichts oder nichts Erhebliches. Oder der Zeuge gibt seine Aussage offen, klar und bestimmt und Bedenken aus andern Aussagen oder der Sachlage bestehen nicht. Solche Fälle soll man nicht zwecklos schwierig machen, sie lassen sich kurz abtun. Man soll die Zeugen auch nicht mit Fragen peinigen, ihre Aussagen verlieren sonst an Frische und Ursprünglichkeit. Man soll nicht über Dinge fragen, die für den Prozeß garnicht in Betracht kommen können, sie nicht unnütz aushorchen.

Fragen der Parteien sollen möglichst erst nach der zusammenhängenden Darstellung des Zeugen und der aufklärenden Befragung des Richters zugelassen werden. Ausnahmen zu machen kann zweckmäßig sein. Wenn ein Anwalt oder eine Partei, die besser als der Richter weiß, weshalb der Zeuge benannt ist, durch eine Frage die ganze Vernehmung oder einen Teil überflüssig machen können, würde es Zeitvergeudung sein, die Frage hinauszuschieben.

Jeden Zeugen zu befragen, ob er wegen Meineids bestraft sei, ist sachlich nicht geboten, meistens taktlos. Auch die Frage, ob der Zeuge verwandt oder verschwägert sei, kann unnötig verletzend wirken; wenn die Verwandtschaft nach der Sachlage ganz unwahrscheinlich ist, wird ein verständiger Richter die Frage unterlassen.

Ist es notwendig, Aussagen niederzuschreiben, so soll man sie bei entscheidenden zweifelhaften Punkten wörtlich wiedergeben. Die juristischen Gesichtspunkte des Richters sollen bei der Befragung im

Digitized by Google

allgemeinen, aber nicht aufdringlich leitend sein, dürfen auf keinen Fall das Bild der Aussage sachlich umformen. Die Niederschrift muß die Vorgänge nach der Auffassung des Zeugen wiedergeben, nicht nach der Abspiegelung in der Auffassung des Richters. Man hüte sich, die Worte etwa besser setzen zu wollen, man verwischt damit oft das Bezeichnende, Eigenartige der Aussage.

Die stockend und unzusammenhängend vorgebrachte Aussage eines Schwachsinnigen darf nach der Niederschrift nicht als eine wohlstilisierte Darstellung erscheinen. Widersprüche in der Aussage darf man nicht verwischen, sie gibt sonst ein falsches Bild. Darauf, ob ein Zeuge zögert, ob er bei der Befragung seine Darstellung verändert, kann es nach Lage der Sache gerade ankommen. Bei Kinderaussagen ist auf die Niederschrift besonders zu achten.

Die Wendung, ich bestätige den Inhalt des Beweisbeschlusses, ist ganz unbrauchbar, sie läßt völlig im Dunkeln, ob der Zeuge seine Wahrnehmungen erzählt hat, ob er danach befragt worden, läßt annehmen, daß die Sache recht oberflächlich betrieben worden ist, daß man vielleicht ihm bloß das Beweisthema vorgelesen und er gesagt hat, ja so ists. Eine solche Vernehmung ist natürlich wertlos. Hat der Zeuge aber wirklich eine genaue Aussage erstattet, so gibt die Niederschrift, die sich nur auf den Beweisbeschluß bezieht, kein Bild des Vorgangs, das als Unterlage für die richterliche Beurteilung dienen könnte.

Was Hans Groß in seinen Büchern über Vernehmungen, Menschenkenntnis des Untersuchungsrichters geschrieben hat, sind goldene Worte und der Zivilrichter sollte sie nicht weniger als der Strafrichter beachten und immer vor Augen haben. Sie sind ebenso wichtig, wie Kommentare, ja in den Sachen, die nach den Tatsachen zweifelhaft sind, viel wichtiger.

Zeugenaussagen behalten im Prozesse stets ihren Wert. Die immer mehr wachsende Erkenntnis, daß sie eine mangelhafte Grundlage für die Wahrheitserforschung sind, führt nur dazu, sie tiefer zu erfassen und mit den sonstigen Beweismitteln zu vergleichen. Da muß denn hingewiesen werden, daß nicht nur die Tatzeugen in Betracht kommen, sondern auch die Indizien und die Zeugen für solche.

Handelt es sich darum, ob jemand, der durch einen Gewehrschuß gestorben ist, durch Selbstmord oder Zufall geendet hat, so genügt es nicht, nur die Tat selbst zu betrachten und aus dem Befunde festzustellen, ob der Schuß für absichtliches oder zufälliges Losgehen des Gewehrs spricht, und wenn ein Sachverständiger sagt, Selbstmord sei

Digitized by Google

wahrscheinlich, aber ein Zufall nicht ausgeschlossen, den Selbstmord nach irgendwelcher theoretischen Konstruktion über die Beweispflicht für unbewiesen anzunehmen, sondern es ist der Seelenzustand des Gestorbenen nach allen Richtungen hin zu zerlegen, zu forschen, was der Grund zu einem Selbstmord sein könnte, ob die Gefühlsäußerungen, wie sie erkennbar werden, für einen Selbstmord sprechen, es gewinnt an Wichtigkeit, wenn Zeugen bekunden, daß er tagelang planlos und trinkend sich umhergetrieben und wie einer sich benommen hat, der keinen Ausgang aus seinem Elend weiß.

Man muß sich die Vorgänge planmäßig aufbauen. Am besten und sichersten wird man fahren, wenn man den Plan tunlichst einfach konstruiert, mit natürlichen Vorgängen rechnet, nicht viel Absonderliches und Seltsames annimmt.

Alles Material ist zu sammeln, soweit es prozessual zulässig ist, besonders die äußerlich sichtbaren Beweismomente sind festzustellen, Spuren der Tat, Werkzeuge, allerlei sonstige Dinge, in denen sich ein Beweismoment verkörpert.

Sind Urkunden, Briefe, Quittungen, Vertragsaufsätze, Bücher vorhanden, die etwas in dem Prozesse Wesentliches betreffen, so versäume man ja nicht, sie sich vorlegen zu lassen und einzusehen. Es klärt sich vieles auf und erscheint anders als nach Angaben in Schriftsätzen und Aussagen. Das schriftliche und sonstige reale Material ist das sicherste Mittel zur Wahrheitserforschung und unbedingt herbeizuschaffen, gegenüber Zeugenaussagen in ihrem Wechsel und Schwanken ist es unverrückbarer Stoff.

6. Neben den Mängeln in der Wahnehmung, Gedächtnis, Aussage und Auffassung, also in der Beschränktheit der menschlichen Geisteskräfte steht der Wahrheitsermittelung als größtes Hemmnis der Schein und die Lüge im Wege.

Es handelt sich dabei um die Geltung der Ethik. Der Erfolg des Lebens, aller seiner Bestrebungen hängt viel mehr von ethischen als intellektuellen Werten ab. Falsch ist es, wenn man meint, die Rechtspflege sei die beste, die sich von allen ethischen Gesichtspunkten frei halte. Da die Ethik Gesetzgebung für das ganze Leben ist, die Rechtspflege aber nur bestimmte Gebiete des Lebens ordnet, muß die Rechtspflege ethischen Gesetzen unterworfen sein. Allerdings muß man die Ethik nicht kleinlich nehmen, sie muß von einer tiefen wirklichkeitsechten Auffassung der Dinge beherrscht sein. Läßt man die Ethik ganz beiseite, so läuft die Rechtspflege in eine leere Taktik, Spielerei, ja Betrügerei aus.

Digitized by Google

Im Prozeß hält man die Lüge noch vielfach für ein statthaftes Kampfesmittel, und da muß die Wahrheit und das Rechte, das sich doch nur auf der Wahrheit aufbauen kann, ins Hintertreffen geraten.

In zweierlei Weise spielt die Lüge in den Prozeß herein, in den Inhalt und die Form.

Als Gesetz für alle unsere Kultur wird immer mehr die Aufrichtigkeit, der Wahrheitssinn und Wahrheitsdrang lebendig. Er verabscheut alles, was nur zum Schein, ohne inneren Glauben vorgebracht wird. Unsere Kultur will ihre Aufgabe sachlich lösen, wir wollen auch in der Rechtspflege die Ehrfurcht vor der Wahrheit und Wirklichkeit.

Die Pflicht zur Wahrheit ist ein uraltes menschliches Gesetz, in der Rechtspflege klammert man sich aber noch an scholastisch-dialektische Doktrinen und erhebt als Götzen den Schein und die Lüge. Mit Prinzipien und künstlich aufgebauten Dogmen, die die Wahrheit verschleiern, läßt sich aber auch in der Rechtspflege die Sehnsucht der Menschen nicht mehr befriedigen. Wir verabscheuen mit Recht immer mehr die Kniffe, die unser Volk als advokatisch brandmarkt, Verdrehungen, Entstellungen und Verstellungen.

Die Stellung zur Wahrheit ist der Prüfstein, die Wegscheide, an der sich von der alten Generation auch in der Rechtspflege eine neue ablöst.

Dort ein Spielen mit Formen, mit Schein, Deckungsuchen hinter formellen Ausflüchten; nicht der gewann, der die Wahrheit für sich hatte, sondern wer skrupellos die Formen, die des Inhalts beraubt wurden, zu seinen Gunsten wendete und das weiteste Gewissen hatte. Hier unbedingte Reinlichkeit in Form und Inhalt, im Denken und Tun. Das ist die Forderung des Tages. Der Wahrheit ein Schnippchen schlagen zu dürfen, scheint noch vielen zur Eigenart der Justiz zu gehören, gerade mit ihr Wesen auszumachen. Wir rühmen uns, es so herrlich weit gebracht zu haben und stecken doch so oft noch tief im Scheinwesen und der Unwahrhaftigkeit drin.

Nicht kraftvolle, männliche Werte schaffende, schöpferische Tätigkeit sprießt aus einer derartigen Rechtspflege hervor, nicht großzügige Gesichtspunkte zur Lösung der Aufgabe, sondern sehr oft sind es Mittel der kleinen Klugheit, Feigheit, Hinterlist, bewußte Oberflächlichkeit, die sich scheut das Innere zu erfassen, oberflächliche Klage, oberflächliches Bestreiten, erfundene, schablonenmäßige Einreden und Behauptungen, Eideszuschiebungen ins Blaue hinein. Rückkehr zur Einfachheit bleibt der einzig verheißungsvolle Weg aus einer überbildeten und sophistisch verbildeten Rechtspflege.

Digitized by Google

Irgendein nebensächliches Wort, eine Wendung wird hergenommen und daraus wird eine feste Behauptung gemacht, Präzisieren nennt man das, wenn man einfach dazu erfindet, nachhilft, zurechtstutzt, bis ein Eid zugeschoben werden kann. Durch Geschick in der Auswahl und Anordnung der Dinge läßt sich aus jedem alles machen, und die Partei wundert sich oft selbst, wenn sie ihre Vermutung als bombensichere Behauptung in ganz anderer Form wiedersieht. Geht es durch mehrere Hände, so wird natürlich noch mehr verändert und „nachgeholfen".

Es wird bestritten, was die Partei gar nicht hat bestreiten wollen, behauptet, was sie gar nicht hat behaupten wollen. Das Behaupten und Bestreiten ohne sachlichen Gehalt wird zu einer schweren Gefahr für unsere ganze Rechtspflege.

Scheinbar sind diese Lügen unschuldig, man sucht nur die Entscheidung hinauszuschieben, eine Kleinigkeit taktisch auszunutzen, dem Gegner Schwierigkeiten zu bereiten, ihn womöglich mürbe zu machen. Entweder Gedankenlosigkeit oder falsch verstandene Prozeßpolitik zum Schaden der Partei erzeugt solche Lügen. Mit Kleinem, mit Bestreiten, was man nicht bestreiten kann, fängt man zu lügen an, daran lernt mans und übt es täglich und reichlich. Es gibt dabei kein Aufhalten. Die Lügen werden dem einzelnen so geläufig, daß er gar nicht mehr merkt, wie er unwahr, unaufrichtig wird, das Gewissen wird stumpf, die Sache wird zur Gewohnheit. Daher sind die anscheinend unschuldigen Lügen die schlimmsten; denn sie verwischen allmählich das Unterscheidungsvermögen zwischen Wahrheit und Schein. Es schwindet das Gefühl, was Ehrlichkeit und was Unwahrheit, reiner Schwindel ist. Gleichgiltigkeit, Achtlosigkeit, Trägheit sind die Widersacher, die der Wahrheit mehr Abbruch tun, als absichtlicher Betrug.

Ohne jeden tatsächlichen Anhalt wird der Verjährungseinrede der Gegenpartei gegenüber die Behauptung entgegengestellt und der Eid zugeschoben, die Forderung sei innerhalb der Verjährungsfrist anerkannt worden. Das Ehrengericht einer Anwaltskammer hat das, wenn es ein Anwalt tut, für ehrengerichtlich strafbar erklärt. Wie oft heißt es aber ohne jede Grundlage, ich muß das behaupten, ich muß das bestreiten, ich schiebe den Eid zu. Was ist das für ein Müssen? muß ein Vertreter die Klage mit erfundenen Behauptungen weiter führen?

Wie wird mit Eideszuschiebungen über Zahlungseinreden, Anerkenntnisse, mündliche Nebenabreden von der Partei gewirtschaftet, wo man erkennen muß, es handelt sich um erfundene Behauptungen und

Digitized by Google

sie ihr nur durch bewußte oder unbewußte „Färbung", „Nachhelfen" den Anschein der Wahrheit gibt!

Der Kläger, der Beklagte sollen nicht mit unlauteren Mitteln den Gegner zu überlisten suchen, nicht, um nur dem Gegner zu schaden, ohne berechtigtes Interesse bewußt von der Wahrheit abweichen, das Unwahre als wahr heucheln. Zulässig ist es in gewissen Fällen, daß jemand in Dingen, die nur der andere wissen kann, Behauptungen aufstellt, um diesen zu zwingen, die Wahrheit zu bekennen. Dann sagt er aber auch, ich weiß es nicht, nach der Sachlage behaupte ich es.

Daß im Zivilprozesse nur formelle Wahrheit erstrebt wird, hat mit den Auswüchsen nichts zu tun, rechtfertigt sie in keiner Weise.

Mit Recht hat man für derartige Ueberspannung des Verhandlungsprinzips und scheinhaftes, unwahres, aufgeschminktes Wesen das Schlagwort von „der Lüge im Prozesse" geprägt, während man früher das wahre Wesen der Sache mit doktrinären Schlagworten verdeckte. Hellwig, Lehrb. des Zivilproz. II § 21 behandelt die Wahrheitspflicht als selbstverständliche, ursprüngliche, keiner Festsetzung bedürftige Prozeßgrundlage nach den verschiedensten Gesichtspunkten. Auch er kommt aus theoretischen Prozeßgrundsätzen zu der Forderung, daß, wenn eine Partei sich am Prozesse beteiligt, sie bei der Wahrheit bleibe. Die Parteien verlangen von den Richtern Vertrauen, beschweren sich über ungerechtfertigtes Mißtrauen. Sie selbst wollen aber nicht offen und ehrlich sein, kämpfen aus dem Hinterhalte und meinen dann wohl noch, wie ahnungslos doch die Richter auf alle Behauptungen hereinfielen. Die Richter tun es wahrhaftig, über der äußeren Hülle glauben sie die Wahrheit mit Gewalt von sich fernhalten zu müssen, weil es im Sinne der Prozeßordnung sei.

Die Lüge vergiftet die Rede, sie zerfrißt Glauben und Vertrauen, sie macht auch das Wahre verdächtig, und die Folge ist, daß, wo die Lüge als erlaubt gilt, allgemeines Mißtrauen entsteht, die Grundlagen des Verkehrs schwinden, allgemeine Unsicherheit entsteht. Gerade in der richterlichen Tätigkeit ergreift dieses schleichende Gift das ganze Verfahren, geht mehr an die Nerven als offener Kampf, zerwühlt die Persönlichkeiten, schädigt lebensvolle Kräfte. Ehrliche und Aufrichtige vermögen in der Luft der Lüge und des Mißtrauens nicht zu leben, reiben sich auf oder werden zurückgestoßen. Die Lüge ist aber auch unpraktisch, verderblich für den, der sich ihrer bedient, sie kann nicht hingehen, ohne daß nicht trotz aller Vorsicht Widersprüche sich einstellen; nur die Wahrheit ist einfach. Der Lügner wird auch selbst

Digitized by Google

mißtrauisch, er denkt auch bei anderen, daß sie lügen, und vor lauter Aengstlichkeit und Vorsicht kommt er nicht zur freien Betätigung.

Um ein großes Uebel zu vermeiden, mag eine Notlüge erlaubt sein. Um eine Gesundheitsschädigung abzuhalten, mag ein Arzt die Wahrheit verbergen. Um nicht einem Verbrechen zum Opfer zu fallen, mag sich der Angegriffene mit Verstellung verteidigen. Im Kriege, wo alles erlaubt ist, Menschenleben nicht geschont werden, ist auch Täuschung erlaubt. Staaten brauchen nur auf ihre eigene Macht Rücksicht zu nehmen, können ihren Willen jederzeit mit Gewalt durchsetzen, List und Verstellung ist in ihrem Verkehr erlaubt. Aber auch bei ihnen ist, wo durch Unterhandlungen geschlichtet werden soll, was sonst dem Spiel der Waffen anheimfiele, ein gewisses Maß gegenseitigen Zutrauens geboten und da werden die Künste der Verstellung als unerlaubt angesehen.

Da sowohl als auch im Handel, wo Geschäftspraktiken des Roßtäuscherwesens früher auch als selbstverständlich galten, trachtet man immer mehr danach, den Betrug als unzweckmäßige Verkehrsform auszustoßen und hat eingesehen, daß gerade Wege ihre Vorzüge vor krummen haben. Der Zivilprozeß ist kein Krieg, gegenseitiges Vertrauen ist erforderlich, keines kommt beim Streit ohne den anderen aus, jeder muß sich an das Gericht wenden, es gibt kein Faustrecht. Selbst unwahres Bestreiten ist verwerflich, wo es unter dem Gewissenszwange des Eides steht und auch sonst nicht gefahrlos. Jeder halte die ehrliche Prozeßführung hoch. Alle sind Gehilfen des Richters beim Schlichten des Streites. Man kann unmöglich wollen, daß die Lüge ein allgemeines Gesetz werde, also kann man auch nicht billigen, daß sie der einzelne als erlaubte Handlungsweise benutzt. Die Fackel der Wahrheit braucht nur unlauteres, lichtscheues Wesen zu fürchten.

Im Strafprozeß ist der Beschuldigte nicht Beweismittel, er soll nicht zu einem Geständnis gezwungen werden. Hier ist eher etwas von Kriegszustand, es herrscht nicht das Vertrauensverhältnis. Will aber der Angeklagte gestehen, so soll ihn niemand daran hindern; der Richter kann ihm nahelegen, zu gestehen. Er soll ihm das Gestehen nicht erschweren, die Erleichterung des Gewissens ist auch den Verworfensten eine Wohltat. Dazu muß ihnen der Weg geebnet werden. Zu verlangen, daß jemand mit dürren Worten gesteht, ist hart und psychologisch nicht richtig.

Aus dem Rechte, nicht gestehen zu müssen, folgt aber noch lange nicht das Recht zu lügen. Und der Richter soll auch hier auf dem

Digitized by Google

Posten sein, daß er die Lügen durchschaut und den Lügner entlarvt, ihm zeigt, daß er nicht so harmlos ist, sich anlügen zu lassen.

Der Beschuldigte ist gewiß noch nicht schuldig, es soll ihm erst nachgewiesen werden. Das soll aber nicht zu der anderen Einseitigkeit führen, der Staatsgewalt das Schwert entwinden zu lassen. Der Schuldige soll nicht deshalb straffrei bleiben, weil er mit Sicherheit bestreitet und Behauptungen erfindet. Oft heißt es, „der Angeklagte behauptet mit Bestimmtheit, daß etwas geschehen sei, daß er etwas nicht gewußt habe. Dies ist ihm nicht zu widerlegen." Aller Erfahrung nach ist diese Redensart oft der wohlfeile Deckmantel, hinter dem sich Oberflächlichkeit und Scheu versteckt, die inneren Vorgänge und alle Beweismomente gewissenhaft zu prüfen. Wenn eine besondere Pflicht zur Widerlegung bestünde, hätte es der Beschuldigte am leichtesten zu entwischen, der möglichst viel erfinden kann. Er könnte hoffen, daß der Richter sagte, ja, das alles zu widerlegen, ist nicht möglich. Man muß den Gründen nachgehen, die dafür sprechen, ob etwas leere Ausflucht oder ernste Verteidigung ist. Man lasse sich besonders durch die Bestimmtheit der Aussage oder das Auftretens jemandes als Biedermanns nicht trügen. Man verhüte, daß hartnäckiges Leugnen oder beliebige Ausflüchte dem guten Rechte Abbruch tun.

Eine wegen Erpressung angeklagte Frau gibt eine ins einzelne gehende, ganz bestimmte Darstellung, wie ein Mann sie geschlechtlich gebraucht und ihr dafür Geld versprochen habe. Der Mann wird als Zeuge vernommen, er stellt alles in Abrede. Das Gericht glaubt ihm nicht, hält die Darstellung der Frau für überzeugend, weil sie „sicher und bestimmt aufgetreten sei und solche Einzelheiten nicht erfunden haben könne". Sie wird freigesprochen, der Mann wird um Ansehen und um Stellung gebracht. Derweilen war in weiten Kreisen schon bekannt, daß die Frau gegen mehrere Männer derartige Erpressungsversuche gemacht hatte, sie kamen aber erst später zur Anzeige. Sie endeten mit der Verurteilung der Frau. Man hatte die Gesinnungsweise der Frau jetzt vor Augen, hätte sie aber auch beim ersten Male durchschauen können, wenn man sich um ihre Persönlichkeit, ihr Vorleben, ihre geschlechtliche Bescholtenheit mehr gekümmert hätte, statt alles auf die Sicherheit und Bestimmtheit ihre Aussage zu setzen.

Bei geschlechtlich heruntergekommenen Frauen ist die Verlogenheit ein typisches Zeichen. Nicht weniger bei hysterischen. Sie sind gescheit, haben geschärfte Sinne, leiden aber an Einbildungen, wollen auffallen, sind oft von einem unerklärlichen Haß beseelt. In Ehescheidungsprozessen spielt das eine wichtige Rolle.

Digitized by Google

Schwangerschaft, Menstruation beeinflussen das Seelenleben der Frau, erzeugen mitunter Zornmütigkeit und Lüge. Wer als Richter eine Schwangere vor sich hat mit ihren tausendfach geänderten Empfindungen, sei auf der Hut (Groß).

Man darf sich aber überhaupt nicht durch den Eid eines Zeugen, der es versteht, mit Sicherheit und frecher Stirn zu lügen, irreführen lassen. Weder Sicherheit des Auftretens noch der Eid geben Gewähr für die Wahrheit. Der Eid ist die gefährlichste Waffe der äußersten Gewissenlosigkeit. Ihn muß man oft mit besonderer Vorsicht beurteilen.

Wenn einer lügen und betrügen will, muß er ja, will er Erfolge haben, mit Sicherheit, verblüffendem Auftreten, mit der Miene eines Biedermannes vorgehen. Nur durch allersorgfältigstes Nachforschen und Sichversenken in menschliches Dichten und Trachten wird man Lügen ergründen. Ein gut eingefädelter Alibibeweis wird nur durch ganz gründliches Nachforschen in seiner Haltlosigkeit erkannt.

Um falsche Zeugen zu entlarven, sind auch Suggestivfragen nicht unzulässig.

7. Der Schein, die Unwahrheit macht sich auch in den Formen des Verfahrens breit. Auf eine Handvoll mehr oder weniger kommts da nicht an.

Unmittelbarkeit nennt man, wenn der Richter von den Menschen, für die er arbeiten soll, womöglich durch mehrere Mauern abgeschlossen wird. Böser Wille der Partei, Bequemlichkeit, Ueberlastung, eine persönliche Abhaltung läßt den Prozeß nicht weiter gehen, das heißt Betrieb, Parteibetrieb. Man ladet nur, um den Gegner zu einem Schriftsatz anzuregen, um die Frist zur Berufung zu wahren, denkt aber gar nicht daran, mündlich zu verhandeln, man nennts aber Ladung zur mündlichen Verhandlung. Alle Formen und einzelne Grundsätze des Verfahrens dienen nur der Verwirklichung des Rechts der Parteien, die Form darf nie Selbstzweck werden, nie in den Vordergrund treten, sie muß einfach bleiben, und soweit möglich frei behandelt werden, darf nie ganz inhaltleer werden. Formen erstarren, die Ueberlieferung, die nur aus ihrem Vorhandensein ihre Berechtigung herleitet, waltet kraft der vis inertiae. Freie Beherrschung muß das Ziel sein, sklavische Unterwerfung muß verschwinden.

8. Wie die Ethik, darf auch die Willensseite nicht vernachlässigt werden. Rechtsprechung ist nicht rein juristisch-technische Kunst, ist auch Willenstat, ja das in viel höherem Maße als jene. Das Wissen zu vermehren, ohne den Willen zu bilden, fördert nicht die Kunst der Rechtsprechung. Alle Prinzipien des Verfahrens sind nicht Erkenntnis-

Digitized by Google

begriffe, sondern Willensbegriffe, sie fallen nicht ins Reich der theoretischen, sondern der praktischen Vernunft.

Die Grundsätze des Verfahrens dürfen nie einseitig überspannt, sie müssen am praktischen Ergebnis gemessen werden, an einer gewissen Grenze wird jedes Prinzip, rücksichtslos verfolgt, praktisch unerträglich. Sobald ein Verfahrensgrundsatz den Parteien nichts nützt, sobald er die Erledigung des Prozesses nur hemmt, ist es ein Zeichen, daß man ihn nicht richtig, übertrieben, äußerlich, nicht dem Sinne nach anwendet. Auch bei den prozessualen Verfahrensarten ist die Grundfrage, was den in der Sache Beteiligten nützt, was richtig, einfach, kurz und sicher zur Beendigung des Streits führt. Ein Götze ganz eigener Art, dessen geistlose Verhimmelung viel Unheil bringt, die Lüge anstiftet und Tatlosigkeit verursacht, ist die reine Mündlichkeit. Die Schriftlichkeit wird nicht dadurch abgeschafft, daß ein Wust von Schriftsätzen vorgelesen wird. Ob der Richter Schriftliches selbst liest oder sich vorlesen läßt, ist schließlich derselbe Erfolg, ja das Selbstlesen mag er vorziehen, da er dabei an passenden Stellen einhalten, vergleichen und überdenken kann. Eine richtig gehandhabte Mündlichkeit dient dazu, eine Sache klarzulegen, lebendig zu machen, bei dem Richter Anteil zu erwecken. Wie sie aber so oft und in der Regel sich abspielt, wirkt sie allen diesen Zielen geradezu entgegen. Man unterliegt auch hier dem Schema, das eine Aeußerlichkeit, das Bewegen des Mundes, als Grundfeste des Verfahrens ansieht. Man macht aus dem Grundsatz der Mündlichkeit ein Steckenpferd und reitet es tot. In der Hand des Philisters, des Schablonenmenschen verwandelt sich das Gold der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit und wird zu Blech. Die seelische Kraft erlahmt im Mittel, man pflegt sorgsam mit übertriebener Aengstlichkeit das Mittel, als läge in ihm schon der fernere Zweck. Auch hier das Steckenbleiben im Aeußerlichen, das so bezeichnend ist. Die Rechtspflege darf nicht ersticken in ihren Mitteln.

Eine Verhandlung zweiter Instanz kann ein Possenspiel werden. Ein Anwalt liest den Tatbestand erster Instanz mit all dem, was umständlich, weitläufig, falsch erzählt ist, mit allem, was überholt, was gar nicht mehr in Streit ist, vor.

Man hört also, daß der Beklagte zu so und so viel Mark, einem Preise, der vereinbart, übrigens auch üblich und angemessen sei, eine Sache gekauft habe, daß er Einwendungen nicht erhoben habe, daß der Klagantrag deshalb gerechtfertigt sei. Erst nach langer Zeit wird es den Hörern, die die Akten nicht kennen, klar, daß diese Dinge

Digitized by Google

vollkommen gleichgiltig sind, und sie merken, daß es sich um eine Wandelung handelt, daß der Beklagte gesiegt hat und der Kläger die Berechtigung der Wandlung angreift.

Beweisprotokolle werden ohne Sichtung vorgelesen. Eintönig, unverstanden nach dem Zusammenhang rauschen die Worte an dem Hörer vorüber, er lenkt seine Aufmerksamkeit auf einen Punkt, der gar nicht in Streit ist, und macht die Verhandlung und Beratung weitläufig, indem er an ganz selbstverständlichen Dingen hängen bleibt.

Bei dieser Art der Verhandlung kommt einem oft das Wort: Theater! auf die Lippen. Man macht sich gegenseitig etwas vor. In dem Beratungszimmer geht die Sache von vorn los, da werden die Beweisprotokolle noch einmal vorgenommen und nun mit Verständnis durchgegangen. Man hüte sich vor solcher Mündlichkeit; denn sie lügt, sie stiehlt die Zeit.

Man darf nicht durch eine ungesunde Uebung die Mündlichkeit noch formalistischer handhaben, als es das Gesetz selbst gewollt hat. Kein mechanisches Vorlesen, äußerliches Aneinanderreihen, sondern lebendige Mündlichkeit in gegenseitigem Gedankenaustausch zwischen Gericht und Parteien.

Es kann hier auf das hingewiesen werden, was ein sonst starrer Dogmatiker sagt (Schmidt, Lehrbuch des Zivilprozesses, S. 445): „Zu Beginn der Verhandlung empfiehlt sich, daß der Vorsitzende eine kurze Uebersicht gibt, wie der Sachverhalt ist, und daß er hervorhebt, worum die Parteien streiten. Dadurch wird die Verhandlung verständlich, geordnet, nicht uferlos und unverständlich. Es besteht kein Grund, die praktisch ganz nutzlose und für den Geschäftsgang fast undurchführbare Forderung einer unausgesetzten Wiederholung aller Verhandlungen in das Gesetz hineinzutragen. Auch das nur in einem Termin Vorgebrachte bleibt zu berücksichtigen, wenn kein Richterwechsel stattgefunden hat. Treten andere Richter ein, so genügt es, wenn der Vorsitzende zur Einleitung die Prozeßlage und die Hauptpunkte kurz andeutet." Und RGR. Düringer meint, die Bezugnahme auf Schriftsätze statt des vollständigen mündlichen Vortrags sei nach § 295 ZPO. unbedenklich, wenn die Parteien zustimmten.

Der Vorsitzende leitet die Verhandlung. Das bedeutet nicht, daß er einfach nur nachliest, daß die Anwälte das, was sie in den vorbereitenden Schriftsätzen zusammengeschrieben oder aus Unterweisungsbriefen abgeschrieben haben, was der erste Richter wahllos niedergeschrieben hat, nun auch vorlesen, sondern er soll den Stoff beherrschen und dafür sorgen, daß er nach geordneten Gesichtspunkten klar und

Digitized by Google

übersichtlich vorgetragen wird, er soll auch einzelnes hervorheben und betonen, daß die Beisitzer sofort den springenden Punkt herausfinden und von da aus den Streitstoff erfassen und beurteilen.

Wenn er eine einleitende Uebersicht gibt, so muß er weiter darauf achten, daß die Parteien sich daran halten und nicht sich in Wiederholungen ergehen. Tun sie dies, so geht die Kürze wieder verloren und auch die Anteilnahme muß schwinden.

Die eigene eingreifende Tätigkeit des Richters in der mündlichen Verhandlung ist auch zweckmäßig, sie wirkt anregend und belebend; wo sie fehlt, entsteht die Gefahr, daß die Richter abstumpfen und die Aufnahmefähigkeit verlieren.

Neben fortgesetzter aufnehmender Geistesarbeit ist eine hervorbringende Tätigkeit von psychologischem Gesichtspunkte geradezu Bedürfnis.

Der Reiz des Schaffens, die Freude am Vorwärtsbringen, an der Ueberwindung der Widerstände ist der beste Antrieb. Die Fülle der aufgespeicherten Energie, die zum Handeln drängt und sich entladen will, muß mehr nutzbar gemacht werden. Wie ein frischer Zug aus der großen freien Natur dringt sie ein, sie belebt. Willenlos, tatlos, anteillos bleiben, erzeugt Rost, läßt Moder ansetzen, Ermüdung und Ermattung durchdringt das ganze Wesen der Rechtspflege.

9. Die Grenzen der mündlichen Verhandlung sind nach deren Zweck zu ziehen. Das Gericht braucht sich nicht in geheimnisvolles Schweigen zu hüllen und sich auf Zuhören zu beschränken. Steht es auf dem Standpunkt, daß Beweis zu erheben ist, so wird es nur kurz das Beweisthema erörtern lassen.

Bei richtiger Arbeitsmethode wird die Verhandlung vorbereitet. Zweckmäßig ist es, die dabei gewonnenen Gesichtspunkte zu offenbaren. Das hergebrachte Verheimlichen soll kennzeichnen, daß der Richter vollständig ahnungslos in die Verhandlung eintritt. Hat er aber die vorbereitenden Schriftsätze und Beweiserhebungsprotokolle, die doch da sind, um gelesen zu werden, und bringt die Verhandlung gar nichts Neues, so ist es doch nichts Verwerfliches, daß der einzelne schon seine Ansicht gebildet hat. Eine wohlerwogene Entscheidung, die ergeht, nachdem der Richter die Sache mit sich herumgetragen hat, ist jedenfalls besser als eine, die aus der raschen Entschließung des Augenblicks hervorgeht, die einen augenblicklichen Eindruck oft zu hoch bewertet und in Einseitigkeiten stecken bleiben kann. Sind schon Vorbereitungen notwendig, werden sie allgemein auch vorgenommen, so dient das Verstecken nur dem äußeren unwahren Schein.

Digitized by Google

Es ist nicht nur nicht geboten, sondern wirkt gefährlich wie jeder Schein und jede Lüge. Durch die Vorbereitung können sich Vorurteile festsetzen. Man soll aber deshalb nicht die Methode, die Sachen vorzubereiten, verwerfen, sondern nur das Verheimlichen. Dadurch, daß die Ansicht des Gerichts nicht verborgen, sondern mitgeteilt wird, verliert die Vorbereitung an Bedenklichkeit. Etwa vorhandene Vorurteile werden offenbar und können beseitigt werden. Daß die Aeußerung unverbindlich ist, ist selbstverständlich, von den Gutachten, die der Berichterstatter bei vielen Gerichten dem Vorsitzenden liefert, bezweifelt das ja auch niemand. Es wird durch die Aeußerung des Gerichts verhütet, daß die Streitlage unklar wird, daß der Tatbestand, weil die Parteien alles vortragen wollen, uferlos wird, und es wird bewirkt, daß die volle Aufmerksamkeit auf den entscheidenden Punkt gerichtet wird, daß die Vorträge abgegrenzt und in bestimmte Bahnen gelenkt werden. Es wird auch eine Ueberraschung der Parteien vermieden. Die Parteien wissen, worauf es ankommt. Sie sind auf veränderte rechtliche Gesichtspunkte hingewiesen, wie das im Strafprozeß vorgeschrieben ist. Offenheit muß wieder Vertrauen erwecken und dadurch kann man Prozeßlügen einschränken. Sie werden oft nur vorgebracht, weil die Partei oder ihr Anwalt ängstlich ist und den Standpunkt des Gerichts nicht kennt. Offenheit, Ehrlichkeit soll auch hier herrschen, Schein und Unwahrhaftigkeit verschwinden.

Daß die Parteien die Beweisaufnahme vortragen, bedeutet nicht, daß sie sie vorlesen. Sie müssen den Inhalt des Beweisergebnisses wiedergeben, sie müssen sie ordnen und sichten, Ueberholtes und Unerhebliches weglassen, verzichten auf Gleichgültiges.

Daß einmal ein Anwalt eine Uebersicht über die Beweisaufnahme gäbe, sie klar ordnete, erlebt man gar nicht.

10. Auch sonst ist der Wille und die Tat entscheidend im Verfahren.

Ist die Tätigkeit des Richters nicht beschauliches Betrachten, sondern Ordnung der rechtlichen Verhältnisse von Menschen in ihrer Not und Qual, so ist praktischer und planvoller Wille, die Sache zum guten Ende zu bringen, Tätigsein, energisches Handeln, erforderlich. Die Richter dürfen nicht willensschwach, willenskrank werden, mag auch ein falsche Gesetzgebung die Gefahr bieten, daß sie Maschinen ohne Willen werden, Puppen in der Hand der Parteien und ihrer Vertreter, der Schlaffheit anheimgefallen, eingeschläfert. Da der Richter nicht genug fühlt, vermag er nicht genug zu handeln: die Sachen laufen zu lassen, wie sie laufen, ist der Grundton des Prozeßbetriebs. Kräfte des Wollens, die nicht geübt werden, verkümmern. Für jeg-

Digitized by Google

liche Lebensarbeit ist die Kraft des Wollens unentbehrlich. Die Schwäche im Willen wiegt viel schwerer als der Mangel im Wissen. Ordnung verträgt sich nicht damit, daß eine Sache in Unordnung, d. h. in Zweifel, Ungewißheit, Streit bleibt, die Ordnung muß sobald wie möglich hergestellt werden. Ueberlegen ist ganz gut, es darf aber nicht so in den Vordergrund gerückt werden, daß es die notwendige Tat hindert. Nicht Kritik und Anhäufung von Kontroversen, von Buchweisheit bahnt den Weg, sondern Arbeit und Leben. Es ist nicht genug zu wissen, nicht genug zu wollen, man muß auch tun. Es bedarf frischen Entschlusses, Mutes und Tapferkeit, um augenblickliche Hemmungen zu besiegen, Beharrlichkeit muß hinzukommen, durch die trägen, fortlaufenden, kleinlichen Widerstände muß man sich, nie ermattend, durchwinden, nicht Amboß, sondern Hammer sein. Mit Geistesgegenwart, Beherrschung jeder Lage, Selbständigkeit, Kraft muß man das Ziel zu erringen suchen. Selbständigkeit erhöht die Spannkraft, Freude am Können treibt vorwärts. Unaufhaltsam geht das Leben seinen Gang. Der Zweck des Prozesses wird verfehlt, wenn die Sache hin- und herschwebt, ohne daß man einen Willen sieht, sie unter Dach und Fach zu bringen. Soll der Spruch des Richters dem verletzten Rechtsgefühl Genugtuung verschaffen, so muß die richterliche Entscheidung bald kommen. Ein langes Zögern nimmt der Entscheidung ihre Wirkung. Denn die Eindrücke bei den Verhältnissen der Gegenwart wechseln schnell und lösen sich ab, die späte Sühne einer Straftat wird nicht mehr als billig empfunden. Die Bedürfnisse, zu deren Schutz der Richter angerufen wird, wollen bald erfüllt sein, die Hilfe muß auf der Stelle da sein, sonst ist sie keine Hilfe mehr, die Bedeutung der Sache zergeht überhaupt oder steigt in ungemessener Weise an. Es bedeutet die Bankerotterklärung des Verfahrens, wenn fast jeder Beteiligte sagt: wenn ich gewußt hätte, daß es so ginge, so lange dauert, hätte ich gar nicht angefangen. Im Strafprozeß hat der Staatsanwalt und der Richter den Betrieb in der Hand, im Zivilprozeß ist der Richter zwar nur Herr des Teiles, in dem sehr viel mit der Verschleppung gesündigt wird, der Beweisaufnahme, aber auch im übrigen kann er trotz des Parteibetriebs viel tun, den Prozeß vorwärts zu bringen und das Hinauszögern hintanzuhalten oder zu verhüten. Gerade für den Prozeß sind Lichtenbergs Worte treffend: Weil die Menschen sehr geneigt zum Aufschieben und zur Langsamkeit sind, so kann man sicher darauf rechnen, daß man die Oberhand in einer Sache behält, wenn man alles ohne den geringsten Verzug unternimmt.

Digitized by Google

11. Die Beweiserhebungen sollen dem Richter ein Bild der Vorgänge schaffen, als ob er sie selbst wahrgenommen hätte. Je näher den Vorgängen die Aussagen stehen, desto besser sind sie dazu geeignet, das Gedächtnis ist noch frisch und das Bild wird genauer und zuverlässiger. Die Beweisaufnahme muß also möglichst bald stattfinden.

Nach einer Beweisaufnahme stellt sich oft das Sachverhältnis ganz anders dar, als wie es nach Anzeigen und Schriftsätzen erscheint. Der Prozeß ist dann anders zu behandeln. Es ist deshalb die Anordnung der Beweisaufnahme nicht lange hinauszuschieben, auf überflüssige schriftliche Entgegnungen der Partei ist nicht zu warten. Der Auszug aus dem Strafregister läuft nicht davon, er kann jederzeit eingeholt werden, wohl aber leidet die Treue einer Aussage durch die Verzögerung, wenn als erstes, wichtiges Werk bei einer Untersuchung Personalbogen und Registerauszug betrachtet wird. Selbst bei Rückfallsverbrechen muß der Registerauszug, der für die Zuständigkeit Bedeutung hat, oft der sachlichen Verfolgung nachstehen.

Es ist auch nicht richtig, in Strafsachen die Hauptverhandlungen so genau vorzubereiten und dadurch so lange hinauszuzögern, daß die Zeugen ihre ursprüngliche Objektivität verlieren. Die Hauptverhandlung soll nicht nur eine wohlvorbereitete Aufführung mit verteilten Rollen sein, in der jeder die Worte aus der Vorerhebung wiederholt, und diese soll nicht restlos in ihr untergehen. Seltsam mutet es deshalb auch an, wenn in der Hauptverhandlung der Staatsanwalt oder der Vorsitzende so großes Aufhebens bei einer Aussage davon macht, daß „etwas noch nicht in den Akten stehe".

12. Es ist möglichst umfassend über sämtliche entscheidenden streitigen Punkte Beweis anzuordnen und es sind deshalb alle Punkte auf ihre Beweiserheblichkeit zu prüfen. Was einflußlos ist, die Entscheidung nicht beeinflussen kann, ist durchaus beiseite zu lassen. Einzelne Tatsachen und Beweismittel herauszugreifen, weil man annimmt, schon die beschränkte Beweisaufnahme führe zum Ziele, ist nicht zweckmäßig, das Zerhacken des Materials hat oft nicht den erhofften Erfolg, das tropfenweise Sammeln des Beweismaterials ist ein schweres Kreuz des Prozesses, durch Ablauf auch nur kurzer Zeit ist der Sachverhalt verdunkelt und es geht durch die Vereinzelung die Uebersicht verloren, der Prozeß gerät in eine unrichtige Richtung, eine falsche Fährte wird verfolgt, Beweismittel verschwinden, das Interesse erlahmt.

Die ersten Schritte nach der Tat sind die entscheidenden, weil da die Spuren der Tat am besten verfolgt, der Schuldige am leichtesten

Digitized by Google

erfaßt werden kann. Was da versehen wird, kann oft nicht wieder gut gemacht werden.

Statt frisch in die Verfolgung einzutreten, zieht der Staatsanwalt den Personalbogen bei und notiert eine Frist von 1 oder 2 Wochen, wenn der Personalbogen gekommen ist, holt er einen Strafregisterauszug ein, wenn dies geschehen und schon Wochen vergangen sind, dann erst gehts an die Beweisaufnahme. Auch nun wird in ganz kleinen Dosen das Material herbeigeschafft, es wird nicht überlegt, was alles zu tun sei, es wird nicht zusammenfassend vorgegangen. Zunächst werden Akten beigezogen, wenn sie eingegangen sind, wird Auskunft von einer Behörde eingeholt, dann gibt man die Akten an den einen Gendarm, um den Zeugen A zu vernehmen, dann an einen andern, um den Zeugen B zu vernehmen. Welche Umständlichkeit, wenn ein Beschuldigter oder Zeuge am Orte der Staatsanwaltschaft selbst zu vernehmen ist: Beschluß des Staatsanwalts an Gemeindevorstand, Gemeindevorstand an Polizeiinspektor, dieser an Kriminalschutzmann, Vernehmung durch diesen und auf demselben Wege wieder zurück. Das kann alles einfacher, rascher gemacht werden und bleibt nicht so oft unfruchtbar, sondern bringt Ergebnisse, die nützlich sind.

Die Mängel der Beweisaufnahme bestehen im Strafprozeß wie im Zivilprozeß, in beiden macht man die Erfahrung, daß, wenn nur irgend ein Beweis erhoben werden muß, langsam, planlos, bald hier, bald da herumgearbeitet wird, viel kostbare Zeit verloren geht, und unnütz Geld vertrödelt wird. Die Prozesse „schweben".

13. a) Einen möglichst alle erheblichen streitigen Punkte umfassenden Beweisbeschuß zu erlassen, ist für die Erledigung des Zivilprozesses der sicherste Weg und meistens auch der einfachste und kürzeste.

Ergibt sich im Laufe einer größeren Beweiserhebung, daß die Aussage eines Zeugen durchschlägt, so können die Anwälte verzichten, das Gericht kann aber auch mit der weiteren Ausführung des Beweisbeschlusses innehalten und mündliche Verhandlung anordnen.

Daß zu viel Beweis erhoben wird, kann dabei vorkommen, das wird aber auch oft bei der Vereinzelung der Beweiserhebung, und zwar in viel höherem Maße der Fall sein, man greift z. B. den entscheidenden Zeugen erst zuletzt nach Jahren heraus; etwaige zufällige Uebel sind aber auch nicht so groß, daß man auf die Vorteile verzichten müßte.

b) Das Beweisthema ist nicht zu ängstlich nach den Parteibehauptungen zu fassen, da der Zeuge dadurch unsachlich beeinflußt wird, sondern möglichst weit. Nicht unzulässig ist die direkte Frageform, ob — oder die Hervorhebung einzelner zweifelhafter Punkte usw.

Digitized by Google

c) Bei der Beweiserhebung sind Fragen der Parteien an den Zeugen nicht rein formalistisch deshalb abzulehnen, weil sie dem Buchstaben nach nicht in den Rahmen des Beweisbeschlusses fallen, sondern nur dann, wenn sie offenbar sachlich außerhalb des Sinnes des Beweisbeschlusses und des Prozesses liegen.

Es wird durch das Herumreiten auf den Buchstaben des Beschlusses nur die Erledigung verzögert und dadurch ergeben sich die Hinauszerrungen, weil derselbe Zeuge zwei-, drei- oder noch mehrmal in einem Prozeß vernommen werden muß, wie man das bei einem Landgericht beobachtet.

Beispiel: Der Zeuge, Direktor einer Viehversicherung, soll darüber vernommen werden, ob Kühe des Klägers an Tuberkulose eingegangen sind. Vor dem ersuchten Richter sagt er aus, er wisse es nicht. Der Anwalt des Beklagten fragt ihn, ob er nicht selbst diesem mitgeteilt habe, der Rindviehbestand des Klägers sei tuberkulös. Nun heißt es im Protokoll: „Der Gegner protestierte gegen die Zulassung dieser Frage und beantragte, alle weiteren Fragen, die nicht mit dem Beweisthema zusammenhingen, abzulehnen. Es wurde entsprechend beschlossen." Die Akten gehen zurück, mündliche Verhandlung, nochmalige Vernehmung wurde angeordnet, der Zeuge wurde nochmals belästigt, nochmals reisten die Anwälte, die Kosten verdoppelten sich und die Sache wurde durch derlei Behandlungsweise auf Monate verzögert.

d) Zunächst ist die Vernehmung der Zeugen vor dem Prozeßgericht anzustreben. Amtsgerichte sollten möglichst selbst die Zeugen vernehmen; daß sie ein benachbartes ersuchen, wenn der Zeuge an der Grenze des Bezirks wohnt und dahin einen ebensoweiten Weg, wie zum Prozeßgericht hat, sollte nicht vorkommen.

Bei der Entwicklung der modernen Verkehrsverhältnisse sind große Entfernungen (§ 375[4] der ZPO.) anders zu beurteilen, als früher. Ist die Benutzung von Transportmitteln nicht im Verhältnis zur Wichtigkeit der Vernehmung zu kostspielig und nach der Person des Zeugen die Reise nicht zu zeitraubend, so kommt der Raumabstand für sich allein nicht in Betracht. Rücksichtslos gegen die Zeit und Berufstätigkeit der Zeugen darf man allerdings nicht sein.

Bei Kollegialgerichten wird nach Lage der Verhältnisse eine umfangreiche Vernehmung in minderwichtigen Sachen vor dem Prozeßgericht oft nicht zweckmäßig sein. Die Vernehmung in der Stube, Auge in Auge ist auch manchmal ergebnisreicher als im großen Saal.

Digitized by Google

Ist die Beweisaufnahme aber nicht ausgedehnt oder kommen Dinge in Betracht, bei denen persönliche Verhältnisse, schwer faßbare Gefühlsmomente entscheiden, wie z. B. in Ehesachen, so sollte stets die Vernehmung vor dem erkennenden Richter stattfinden und die Parteien sollten erscheinen. Bei dem Oberlandesgericht bewährt sich in Ehesachen dies Verfahren besonders. Es läßt sich auch ohne unnützen Zeitaufwand ausführen, beschleunigt das Verfahren ganz bedeutend und sobald der Geschäftsgang darauf eingerichtet ist, wird es sich ohne fühlbare Ausdehnungen der Sitzungen erreichen lassen.

Handelt es sich um Zeugen, die zunächst unbeeidigt zu vernehmen sind, so trägt es in allen Fällen zur Abkürzung bei, wenn sie gleich vor dem erkennenden Richter vernommen werden. Die spätere Vorladung zur Beschlußfassung über die Beeidigung oder Anordnung der Beeidigung ist verzögernd und kostspielig.

e) Können Zeugen, die in nicht zu weiter Entfernung vom Gerichtssitze wohnen, also im Landgerichtsbezirke oder dessen Nähe, nicht vor dem Prozeßgerichte vernommen werden, so sind sie durch beauftragten Richter zu vernehmen. Dieser beherrscht den Stoff besser, als der ersuchte. Die Kosten sind nicht ausschlaggebend, manchmal sind sie geringer; durch die Vernehmung vor ersuchtem Richter ententstehen gewöhnlich sehr erhebliche Reisekosten der Anwälte oder Parteien, und die Kosten der Anwälte sind stets erstattungsfähig (VZS. RG., 51, 11).

f) Läßt es sich nicht umgehen, daß bei mehreren Gerichten Zeugen vernommen werden, so sind die Akten nur an eins zu schicken, und zwar an das, von dem der wichtigste Zeuge zu vernehmen ist, und im übrigen gleichzeitig einzelne Ersuchungsschreiben mit möglichst genauer Angabe des Sachstandes zu erlassen, falls nicht die Einsicht der Akten unentbehrlich ist.

g) Beweisbeschlüsse sind möglichst im Verhandlungstermine zu verkünden. Das beschleunigt ganz wesentlich die Sache und erspart Schreibwerk. Ist die Sache vor dem Termine durch Schriftsätze und sonst geklärt, so wird sich auch bei umfangreichen Sachen durch Prüfung vor der Verhandlung oder zweckentsprechende Befragung in ihr übersehen lassen, daß und wie weit Beweis zu erheben ist. Werden erst in der Verhandlnng wesentliche Erklärungen abgegeben, so wird sich mindestens bei nicht sehr umfangreichen Sachen Klarheit über die Beweisfrage ergeben. Daß die Entscheidung, ein Zeuge sei zu beeiden, es seien Akten beizuziehen, die Partei habe die Korrespon-

Digitized by Google

denz vorzulegen, erst nach 8 Tagen verkündet wird, kann leicht als verwerfliche Lässigkeit erscheinen. Es wird dabei meist an der nötigen Vorbereitung fehlen oder stets nach demselben Schema verfahren.

h) Der Termin zur Beweiserhebung ist, auch wenn sie durch beauftragten Richter geschieht, in dem Beweisbeschlusse zu bestimmen. § 361 Abs. 1 ist sehr praktisch. Es hält die Verhandlung nicht auf, den Kalender nachzusehen. Ist ein beauftragter Richter, wie es bei einem Landgericht üblich ist, gewohnt, die Anwälte schriftlich über ihr Einverständnis zur Terminansetzung zu befragen, so kann er es gleich mündlich tun.

i) Nach § 365 ZPO. ist der beauftragte oder ersuchte Richter ermächtigt, falls sich später Gründe ergeben, die die Beweisaufnahme durch ein anderes Gericht sachgemäß erscheinen lassen, dieses um die Aufnahme des Beweises zu ersuchen. Diese Bestimmung wird oft übersehen. Es ist eine Erschwerung des Verfahrens, wenn die Akten, falls ein Zeuge verzogen ist, erst an das Prozeßgericht zurückgegeben werden; von der Ermächtigung, selbst die Akten weiter zu schicken, sollte der Richter immer Gebrauch machen.

k) Bei der Beweisaufnahme durch beauftragten oder ersuchten Richter ist, wenn der Erledigung voraussichtlich keine besonderen Schwierigkeiten entgegenstehen, auch der Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung in dem Beweisbeschluß zu bestimmen. § 370 Abs. 2 der ZPO. ist möglichst anzuwenden. Geschieht es, so ist ein Antrieb zur Ansetzung eines nahen Beweiserhebungstermins da und das dient dazu, den ganzen Prozeß zu beschleunigen.

l) Bei den Beweisaufnahmeterminen ist die Anwesenheit der Parteien selbst zweckmäßig. Sie sehen dadurch selbst das Ergebnis vor Augen, das oft so anders ist als sie sich denken, sie können Fragen stellen, aufklären, neue Zeugen benennen, hören, worauf es ankommt, eine gegenseitige Aussprache bei dieser Gelegenheit ist förderlich, manchmal viel besser als ellenlange Schriftsätze.

Eine derartige Beweiserhebung ist auch der geeignete Boden, Vergleiche, die die Streitigkeiten sachgemäß erledigen, zu unterstützen.

Werden alle diese Kleinigkeiten beachtet, so erspart man Mühe, Zeit und unnütze Kosten, die Uebel der Prozeßdauer für die Parteien, Unsicherheit und Unruhe, werden eingeschränkt.

14. Auch abgesehen von der Beweisaufnahme muß darauf gesehen werden, daß die Termine auf die Tage angesetzt werden, auf die sie nach den gesetzlichen Bestimmungen frühestens gesetzt werden können. Man darf nicht, wie es jetzt geschieht, stets den am fernsten

Digitized by Google

liegenden Terminstag für die Ansetzung der Sache wählen, sondern es ist zu berücksichtigen, wie sie steht, ob sie ohne weitere Vorbereitung verhandelt werden kann oder ob sie Vorbereitungszeit braucht, obs eine Haftsache ist, ob sie umfangreich ist, ob sie sich kurz erledigen läßt. Eine vollständig spruchreife Sache, die aus zufälligen persönlichen Gründen, Verhinderung einer Partei, eines Anwalts, nicht verhandelt werden kann, weit auf Monate hinauszusetzen, ist zwecklos. Kurz soll man die Termine anberaumen, das liegt im Interesse der Parteien, es wird dann auch nicht bei Anwälten und Gerichten vergeblich gearbeitet.

Es müssen die Zeiträume, in denen aller Erfahrung nach nichts geschieht, vermindert werden, unproduktive Zeit muß gespart werden, bei Vertagungen auf 3 Tage, 1 Woche, 2 Wochen erhält sich das Interesse an der Sache, bei weiten Terminen schwindet es. Je größer aber die Anteilnahme, desto besser und rascher wird die Sache erledigt. Der Versuch, auf Tage oder Wochen, nicht Monate, zu vertagen, wird dazu führen, daß die Terminstage nicht stärker, sondern geringer besetzt werden. Daß von der Hinausschiebung Klärung zu erwarten sei, ist in der Regel nicht wahr, die Sachen bleiben meist einfach liegen, ohne daß etwas zur Vorbereitung getan wird. Der Gedanke: interim fit aliquid, möglicherweise stirbt die Partei, oder sie macht Konkurs, oder derartiges, darf nicht die Leitung beeinflussen. Auch die Redensarten von Blitzjustiz müssen den Richter kalt lassen. Bei rascher Behandlung wird die Sache viel gründlicher genommen, man vertagt eher, um aufzuklären, bei weiten Terminen scheut man die Vertagung und geht leichter ohne Aufklärung über einen Zweifel weg. Außerdem wehrt sich die Tücke des Objektes gegen eine zu rasche Justiz und wenn man nicht rasch handeln will, kommt man zu gar nichts. Wäre Geschäftsüberlastung die Ursache zu den Vertagungen auf regelmäßig 4 Wochen, Vierteljahre und länger, so müßte das die Folge haben, daß allmählich immer weiter vertagt würde. Das ist doch aber nicht der Fall. Die Zusammenfassung bringt es bei einer Abteilung eines Gerichts zu Wege, daß am 1. April nur bis zum 15. April Termine anstehen, die Zahl der kontradiktorischen Urteile ist aber dieselbe wie bei einer anderen, wo die Termine bis Mitte Juni stehen.

In dem ersten Falle geht die Sache so:

Am 7. Februar geht Berufung ein. Am 25. Februar erster Termin. Es erscheint niemand. Am 5. März geht Ladungsschriftsatz ein. Am 18. März Termin. Am 29. März wird Urteil verkündet (nach 7 Wochen).

Oder: Am 27. April geht Berufung ein, auf den 13. Mai wird Termin bestimmt. Es wird nicht verhandelt, es wird auf den 17. und von da, weil

Digitized by Google

die Parteien wieder nicht verhandeln, auf den 27. Mai vertagt. Da, also 4 Wochen nach Eingang, wird verhandelt und Termin zur Verkündung einer Entscheidung angesetzt.

Ein Beispiel, wie anderswo die Sachen laufen:

Am 8. Juli ist nach vielen Beweiserhebungsterminen Schlußverhandlung in erster Instanz. Am 23. September erst wird Urteil verkündet. (Man brauchte sich die Ferien nicht damit zu verderben!) Am 29. September geht Ausfertigung hinaus. Am 2. November geht Berufungsschriftsatz ein, Termin wird auf 28. November bestimmt. Da wird nicht verhandelt und nun am 2. Dezember auf den 17. Februar n. J. Termin bestimmt. Am 13. Februar geht ein Schriftsatz ein. Es wird nicht verhandelt und auf den 31. März der Termin verlegt. Am 7. April wird Urteil verkündet (also nach 5 Monaten).

Einige weitere Beispiele aus der ersten Instanz:

a) Am 3. Oktober 1907 wird verhandelt. Am 10. Oktober wird Beweisbeschluß verkündet. Ein Zeuge soll durch ersuchten Richter vernommen werden. Der Beklagte soll alsbald 3 M. Vorschuß zahlen. Am 24. Oktober wird der Vorschuß gezahlt. Das Ersuchen geht ab. Am 8. November wird der Zeuge vernommen. 4 Zeilen Aussage, 40 Pfg. Schreibgebühren. Am 13. November wird für den 19. Dezember Verhandlungstermin anberaumt. Verkündungstermin: Mitte Januar 1908.

b) Am 5. Dezember 1907 Verhandlungstermin. Am 12. Dezember Beweisbeschluß auf Vernehmung eines Zeugen vor beauftragtem Richter. Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung soll nach Erledigung der Beweisaufnahme bestimmt werden, wie überflüssigerweise ausdrücklich gesagt wird. Der beauftragte Richter beraumt Termin auf 7. Januar 1908 an, 1 Seite Protokoll, 4 Zustellungsurkunden, 2 Zustellungen durch Postboten! Am 7. Januar wird Verhandlungstermin auf 30. Januar anberaumt. 4 Zustellungsurkunden, 2 Zustellungen. (Das konnte alles gespart werden, wenn der Beschluß gleich verkündet und der Termin anberaumt wurde!) 13. Februar Verkündungstermin.

c) Am 12. November Verhandlungstermin. Am 19. November Beweisbeschluß auf Vernehmung dreier Zeugen in Ilmenau und Liebenstein, O. S., B. K. und G. B. 14. Januar 1907 Verhandlungstermin, es soll „Beweisbeschluß" verkündet werden; am 21. Januar: der Zeuge O. S. durch Referent zu vernehmen; am 29. Januar bestimmt der beauftragte Richter Termin auf 13. Februar (Konzept des Beschlusses, 4 Zustellungsurkunden); am 15. Februar Termin zur Verhandlung auf 11. März bestimmt (Konzept, 4 Zustellungsurkunden); 11. März verhandelt, 18. März Beweisbeschluß verkündet; O. S. zu vernehmen. 5. April Zeugenvernehmung durch ersuchten Richter; 10 April wird Verhandlungstermin auf 13. Mai 1907 bestimmt; 27. Mai Beweisbeschluß. Ersuchte Richter. Wiederum O. S. (zum dritten Male) zu vernehmen! 5. Juni Ersuchen; 21. Juni Beweiserhebung; am 5. August wird für 21. Oktober (!) Termin bestimmt; 21. Oktober verhandelt; 28. Oktober Beweisbeschluß, ersuchte Richter, Zeugen B. K. und G. B. zum zweiten Male; 29. November Beweistermin vor Amtsgericht Liebenstein, am 9. Dezember vor dem Amtsgericht Ilmenau; 24. Dezember wird Verhandlungstermin auf 20. Januar 1908 bestimmt usw. usw.

Digitized by Google

15. Daß der Termin nur soweit hinausgerückt werden soll, als es zur Wahrung der Einlassungsfrist geboten erscheint (§ 265[2] der ZPO.), ist mehr als bisher zu beachten. Auch wenn weitere Terminstage mit Sachen besetzt sind, sind die ersten Termine noch zu Beginn der Sitzung des Terminstages, der nach Ablauf der Einlassungsfrist ansteht, einzuschieben. Dadurch scheiden sich bald die Klagen, die nicht zum Prozeß führen, von den wirklichen Streitfällen. Dies rasch festzustellen, Anerkenntnisse, Versäumnisse bald zu erledigen, ist, da das Gesetz keine Scheidung kennt, durch die Praxis unbedingt zu erstreben.

Ebenso wird in zweiter Instanz die Bestellung eines Gegenanwaltes beschleunigt durch Anberaumung eines nahen Termins.

Sind keine Schriftsätze mehr zu wechseln, so ist selbstverständlich kurz zu vertagen.

Aber auch wenn noch Schriftsätze notwendig sind, empfiehlt es sich, mit kurzen Fristen zu vertagen. Es ist nach der allgemeinen Erfahrung nun einmal so, daß einen Tag vor dem Termine die Schriftsätze eingereicht werden. Mit diesem Uebel muß man rechnen. Durch Anberaumung auf 2 oder 3 Wochen kommen sie früher als bei weit hinausgeschobenen Terminen.

Wenn eine Partei erklärt, sie könne nicht verhandeln, weil sie erst einen Schriftsatz bekommen habe, so kann das Gericht auf eine Verhandlung hinwirken oder kurze Vertagung veranlassen. Es muß prüfen, ob überhaupt etwas Neues im Schriftsatz steht und ob es nach seinem Standpunkte darauf Wert legt. Erklärt es, das neu Vorgebrachte sei ohne Einfluß auf seine Beurteilung, so wird oft das Vertagungsverlangen nicht aufrecht erhalten werden. Die Partei kann sich auch darauf verlassen, daß wieder eröffnet wird, wenn sich doch wider Erwarten Erheblichkeit herausstellt.

16. Von den Bestimmungen der Prozeßordnung sind die zu beachten und richtig anzuwenden, die die schöpferische Selbsttätigkeit des Richters fördern, die geeignet sind, das Lebendige, Unmittelbare ihm nahe zu bringen und auf die planvolle Beendigung des Prozesses hinzuwirken.

Im Zivilprozeß haben zwar die Parteien dem Richter das Material, auf Grund dessen er entscheidet, beizubringen. Aber der Wille und die Fähigkeit der Parteien ist nicht so genügend, wie man das angenommen hat; der Richter kann sich nicht auf Zuhören beschränken. Er muß bedenkliche Eide verhüten, Mißverständnisse aufklären, darauf sehen, daß der Stoff erschöpft wird. Wenn eine Partei am Abgrunde hingeht, wenn sie strauchelt und ihr Recht ahnungslos verlieren kann,

Digitized by Google

wenn sie sich ins Unheil stürzt, ist es Menschenpflicht, sie zu warnen. § 139 ZPO stellt die allgemeine Pflicht, einzugreifen, in bestimmten Richtungen besonders fest. Um dieser Pflicht genügen zu können, hat der Richter möglichst von vornherein die Sache in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung gründlich zu prüfen.

Die Entscheidung entspringt den Köpfen der Richter nicht von selbst und plötzlich nach Schluß der mündlichen Verhandlung. Das weiß jeder Kenner der Praxis. Geht man praktisch vor, so muß sie vorbereitet werden und das geschieht auch. Wo es nicht geschieht, sollte es immer geschehen. Diese Methode ist zweckmäßig. Man hat jetzt oft den Eindruck, das Gericht habe sich erst nach der Verhandlung mit der Sache ernstlich beschäftigt, der Fragepflicht werde es sich erst nach der Verhandlung bewußt. Dadurch wird unnütz Zeit vergeudet mit der Verhandlung und weitere dadurch, daß Vertagung erforderlich wird. In geeigneten Fällen kann der Richter, um diese zu verhüten, vor dem Termine durch die Gerichtsschreiberei formlos, durch kurze Vorlagezettel, telephonische Anfragen Anwälte (auch Parteien) verständigen, worüber Aufklärung gewünscht wird. Aufzuklären hat er das ganze von den Parteien vorgebrachte Rechtsverhältnis, besonders zweifelhafte Punkte. Behaupten und Bestreiten, das über den inneren Kern der Sache hinweggleitet, hat er mit den Parteien durchzusprechen und zu erörtern, ob sie wirklich dies und jenes behaupten und bestreiten wollen. Sagt eine Partei, sie bestreite alles, ergibt sich aber aus der Sachlage, sonstigen Vorgängen oder Erklärungen, daß sie Bescheid weiß, so übt sie Schikane aus; das gänzliche Bestreiten ist nicht ohne weiteres zuzulassen, die Partei muß angeben, wie sich die Sache dann anders begeben haben soll. Bei Zweifeln über den Abschluß und Inhalt von Verträgen hat man die einzelnen Worte möglichst festzustellen, was hat der Kläger gesagt, was der Beklagte geantwortet, waren es nur Redensarten, oder wollten sie sich rechtlich binden. Aeußerungen von Zeugen und Parteien sind nicht in einseitiger formelhafter Charakterisierung für die eine oder andere Partei zu verwerten. Worte sind nicht immer schwerwiegende, langlebige Meinungskundgebungen, die noch nach Jahren sich sicher feststellen ließen und einen auch nur annähernd sicheren Schluß auf einen bestimmten Willen gestatteten. Sehr oft sind sie leichtbeflügelt, ohne tiefere Bedeutung, mindestens ohne einseitigen Sinn. Sie sind immer je nach der Gelegenheit und Veranlassung, die wohl zu beachten sind, zu verstehen, man darf sie nicht aus der späteren Prozeßlage heraus, wenn auch unbewußt, drehen und deuteln. Die Vertragsverhandlungen zwischen

Digitized by Google

den Parteien, sonstige Vorgänge sind in ihre einzelnen Teile aufzulösen, diese sind für sich zu betrachten, aber dann auch in ihrer Gesamtheit zu beurteilen. Nur wer richtig trennen kann, kann auch richtig verbinden.

Die Verhandlungsmaxime braucht man dabei nicht zu verletzen, was die Parteien gar nicht vorbringen wollen, darf man nicht heranziehen. Die Grenze, was außerhalb des Prozeßstoffes, so wie ihn die Parteien der Entscheidung unterbreiten wollen, liegt, ist leicht zu finden. Gewöhnlich wollen die Parteien alles verwerten!

§ 139 der ZPO. ist für eine befriedigende Handhabung des Prozesses zur Vorbereitung des Berichterstatters und des Vorsitzenden von der größten Bedeutung.

Förderlich und nicht unzulässig ist es, die in den Schriftsätzen erwähnten Akten, auf die etwas ankommt, rechtzeitig vor dem Termine kurzer Hand beizuziehen, sie auch den Parteivertretern vorzulegen.

17. Nur eine kleine Zahl von Sachen liegt so, daß es den Parteien auf eine grundsätzliche Entscheidung durch Urteil ankommt. Vergleiche werden da ausgeschlossen sein. Sonst aber ist stets auf Vergleiche unter Berücksichtigung des Sachverhältnisses hinzuwirken, besonders aber in den vielen Fällen, wo ein persönliches Zerwürfnis, ein böses Wort, Rachsucht, Geldmangel, aber nicht ein verständiges Interesse die Quelle oft gehäufter Streitigkeiten sind. Geringfügig sind meist die Vorfälle, die Anlaß zu Privatklagen geben, hochgradig pflegt aber die Erregung zu werden, in die sich die Parteien allmählich hineinreden und -leben, und sie bleibt nicht auf die Parteien beschränkt, ergreift auch Angehörige und Zeugen. Das Urteil gibt oft nicht die Beendigung des Streites, der Streit wächst, neue Prozesse entstehen, der Hader beginnt von vorn, aus harmlosen Dingen wird vielfältig Erbitterung, Zusammenbruch, Querulantenwahn. Auf das persönliche Erscheinen der Parteien und Vergleichsabschlüsse wird oft zu wenig Wert gelegt. Für die Parteien ist der Vergleich meist friedenstiftender als ein noch so vorzüglich ausgearbeitetes Urteil, das erst kommt, wenn der Prozeß für sie bedeutungslos geworden ist, oder das nur die Quelle neuer Unzufriedenheit ist. Er trifft oft den Kernpunkt des Streites, an den der Klagantrag nicht herankommt. Der Richter vergibt sich nichts und es ist durchaus nicht gegen seine Würde, wenn er einen Vergleich vermittelt, statt später ein Urteil „abzusetzen". Einen befriedigenden Vergleich herbeizuführen, erfordert für den Richter auch Beherrschung des tatsächlichen und rechtlichen Stoffes. Nur verblendeter Doktrinarismus kann bei den Vergleichen von einem testimonium paupertatis des Richters reden.

Digitized by Google

Damit, einen Vergleich vorzuschlagen, hat aber der Richter seine Aufgabe nicht erfüllt; er muß die Parteien, die voreingenommen und oft schwerfällig sind, von seiner Zweckmäßigkeit zu überzeugen suchen. Außer dem Ueberblick über die Aussichten des Prozesses gehört Geschick in der Menschenbehandlung dazu. Man muß die Parteien belehren, welche Aussichten ein Urteil eröffnet für den Fall, daß die Darstellung der einen oder anderen Partei richtig ist, wie die Beweisfrage steht, man wirkt aufklärend und läßt die Parteien selbst entscheiden, ob es nicht ratsam sei, sich zu vergleichen. Handelt man so, so wird man auch über den Verdacht erhaben sein, um einen Vergleich sich nur deshalb zu bemühen, weil man ein Urteil auszuarbeiten ersparen wolle.

Natürlich soll man nicht von vornherein um jeden Preis einen Vergleich herbeizuführen suchen. Es muß schon eine gewisse Grundlage da sein, von der man die Aussichten einigermaßen zutreffend beurteilen kann oder es muß sich ergeben, daß trotz heißen Bemühens der Zufall der Eidesauflage oder ein sonstiger formaler Punkt den Ausschlag gibt. Das kann sich in manchen Fällen schon von vornherein übersehen lassen.

Oft werden kleine Dinge in den Prozeß gebracht oder bestritten, weil nun einmal Streit über den Hauptpunkt ist. In solchen Sachen wird es sich zur Ersparung von Kosten und zur Vereinfachung empfehlen, wenigstens die Nebenpunkte durch Vergleich abzumachen.

18. Vergleiche abzuschließen, ist ein Mittel, das die Prozeßordnungen zur Erledigung der Prozesse neben den Urteilen an die Hand geben.

Außer der Welt der Paragraphen gibts aber genug Mittel für den Richter, seine Aufgabe zu erfüllen. Das Menschliche, das sich eigentlich von selbst versteht, pflegt er zu übersehen. Es ist aber nicht zu ersetzen durch selbst große Paragraphenweisheit. „Was Ihr nicht tastet, steht auch meilenfern; was Ihr nicht faßt, das fehlt auch ganz und gar!" Korrekt sein, den Paragraphen nachzuspüren, ist nicht alles. Die negativtugendhafte Angst vor Paragraphen und der Kritik leistet wenig. Wer sich hütet, auf das Ziel loszugehen, macht keine Fehler. Sich vor allen Fehlern hüten, beweist aber noch nichts für Tüchtigkeit. Wer sich nichts Vernünftiges vorsetzt, irrt gar nicht. Wer nichts tut, sündigt überhaupt nicht. Das oberste Gesetz aber ist Betätigung, Freude am fruchtbaren Schaffen. Bewährt sich Kraft und Selbständigkeit oft gegenüber den Anforderungen des Lebens, so wird sie zur Fertigkeit, Schwierigkeiten werden dann leichter überwunden, Mittelglieder werden über-

Digitized by Google

sprungen, aus der Fertigkeit wächst die Gewohnheit zum praktischen Betrieb und sie schafft zuletzt ganz von selbst — mechanisch — das Praktische, wie jetzt das Unpraktische; die im Anfang erforderlichen Willensanstrengungen treten zurück, durch Neigung zum Guten wird der Sieg jedesmal sicherer, der Willen wird für andere Dinge frei, es bildet sich der Takt, der ohne Anstrengung im Wollen und in Worten das Richtige findet und tut. Der Richter kann zur Zusammenfassung des Prozesses, zur ordentlichen Abwicklung durch sein persönliches Eingreifen, durch mit Takt geübte Anregung, durch Zutrauen erweckenden Betrieb viel tun. Worte lehren, Beispiele ziehen, bringen Zug und Freudigkeit in die Sache, daß alles gern mitarbeitet, die besten Kräfte sich anschließen. Es gibt auch eine geistige Ansteckung im Dienste des Guten. Der Richter kann zwar nichts dagegen tun, daß Sachen fortwährend nicht verhandelt werden. Wird er aber in einem fort mit unnützen Ladungen in Anspruch genommen, werden ohne Verhandlung immer neue Termine ohne ersichtlichen Zweck begehrt, so kann er ein menschliches Wort reden. Bestehen doch manche Teile der Akten nur aus Ladungen und Protokollen über Vertagungen. Z. B.: 3. Okt. 1907 erster Termin, 16. Okt. geht der Schriftsatz des Beklagten ein, weitere Termine ohne Verhandlung 24. Okt., 14. Nov., 28. Nov., 12. Dez., 16. Jan. 1908, 30. Jan., 21. Febr., verhandelt wird am 15. Okt. 1908, am 22. Okt. wird die Klage abgewiesen.

Gründlich soll der Richter die Sachen nehmen, doch nicht kleinlich. Trotzdem wir in unserer Kultur gewachsen sind, fehlen uns in unserer Richtertätigkeit vielfach die richtigen Maßstäbe. Nach genau gleichmachender Methode wird Unwichtiges wichtig genommen, Kleinigkeiten werden behandelt, als ob sie erschütternde Bedeutung hätten. Das ist die alte Schule, sie seiht Mücken und verschluckt Kamele. Man fürchtet Kraft und große Gesichtspunkte, weiß nicht innerlich zu unterscheiden. Der Richter zeige, daß er innerlich zu werten und zu unterscheiden weiß, daß eine große Linie in ihm ist, daß er freies Augenmaß und großen Sinn findet. Er sage sich, daß er nationale Volkskultur zu fördern habe. Er nehme nicht alles äußerlich und mechanisch, unterliege nicht dem breiten Druck des Mittelmäßigen und Faulen. Alle Einzelheiten muß er sehen von dem hohen Standpunkt des Endzieles. Als Endziel gilt hier, daß den einzelnen Fällen ihr Recht werde, aber darüber hinaus, daß der einzelne Fall sich einfüge in das Volksganze, daß er nicht über Gebühr aufgebauscht werde, seine Behandlung nicht in Mißverhältnis zu dem Bedürfnis der Rechtspflege und staatlichen Ordnung stehe. Aeußerlichkeiten, Zu-

Digitized by Google

fälligkeiten, Kleinigkeiten des Lebens müssen auch als solche erscheinen. Das Bismarcksche: „Nicht über Zwirnsfäden stolpern" muß auch unabhängig von der Anwendung im einzelnen Fall Lebensgrundsatz sein. Kleinheit und Gleichheit sind Verfallszeichen, Großzügigkeit tut Wunder.

Man wird dann auch Personen richtig behandeln. Der Richter sieht so oft die Menschen nicht von der besten Seite, Schlechtigkeit, Verkehrtheit, Verbohrtheit. In gesicherter ruhiger Auffassung wird man die Dinge mit Gleichmut nehmen, nach rechts und links und nach unten wird man hilfreich sein. Bequem ists, Niedrigstehende in ihrer Hilflosigkeit anzudonnern. Aber nur subalterne banausische Geister gehen auf Stelzen. Das Herz muß immer mitsprechen, wenn es den Verkehr mit Menschen gilt.

Auch der Humor darf die Tätigkeit des Richters verklären. Er bleibt behaglich beim Aufbrausen der Leidenschaft, mit weitem Herzen nimmt er das Leben. Er stellt sich nicht stets auf die Säule des Prinzips, holt nicht stets gleich als grimmender Löwe aus seiner Paragraphenrüstkammer den Ungebührparagraphen hervor, er sorgt, daß die Temperatur ruhig, die Luft erträglich bleibt, er rettet mit einem Worte des Gleichmuts die verfahrenste Sachlage. Er läßt die Parteien ihr Herz ausschütten und den Groll von der Leber reden. Er greift erst ein, wenn allzugroße Abschweifungen oder Entgleisungen vorkommen. Daß er dadurch zur Beruhigung der Partei beiträgt und ihr das Gefühl verschafft, man habe ein Herz für ihre Not und Pein, man wolle ihr wohl, ist nicht der einzige Gewinn. Man bekommt dadurch auch ein Bild von dem wirklichen reichen Leben.

Der Richter muß Selbstverleugnung besitzen, seine Person möglichst zurückzustellen. Richterliche Unabhängigkeit bedeutet noch nicht, daß man nur seine Person in den Vordergrund bringt, nur nach seinem Schema lebt, auf die Parteien keine Rücksicht nimmt und sie stets abweist. Allerdings darf man auch nicht zu nachgiebig sein. Wenn es die Sache zweckmäßig erscheinen läßt, man durch sein Vorgehen die Sache fördert, müssen unerhebliche oder rein persönliche Wünsche der Parteien zurücktreten. Wenn eine Partei beantragt, den Beweisaufnahmetermin zu verlegen, weil ein Zeuge nicht erscheinen kann, würde man verkehrt handeln, darauf einzugehen, wenn man sich einen Erfolg davon verspricht, daß man Vergleichsverhandlungen vornimmt, die Parteien selbst oder die übrigen Zeugen hört.

Der Richter muß selbstlos genug sein, etwas fallen zu lassen, was für das Ergebnis gleichgültig ist, juristische Rechthaberei muß er

Digitized by Google

vermeiden. Es ist häßlich, in unendlich langen Ausführungen die Ansicht eines Gerichtsmitglieds oder eines andern Gerichts zu bekämpfen, die Drachensaat der Kontroversen emporschießen zu lassen. Mit einem Tummelplatz juristischer Turniere ist dem Volke nicht gedient. Der Richter darf sich nicht vordrängen und die Mühe offenbaren, die etwas gemacht hat. All dies muß nach außen verschwinden. Er soll nicht auf Vorrat entscheiden, nur damit eine Frucht seines Lesens oder Wissens nicht verloren gehe.

Einheitliche, sichere Rechtsprechung ist eins der höchsten Güter. Wie gering ist daneben der einzelne Mensch oder Fall. Der Richter soll sich hüten, nutzlos und um kleinlicher Dinge willen die Sicherheit zu erschüttern. Gar manche Partei rechnet damit, daß der höhere Richter grundsätzlich anderer Meinung sei, als der vorige. Man soll sich hüten, diesem Vorurteil Nahrung zu geben. Wenn nach reinem Ermessen entschieden wird, der Spruch so oder so fällt, ohne daß man sagen kann, er sei falsch, wird eine Aenderung leicht den Schein erwecken, man habe sie nur vorgenommen, weil man es besser wissen wolle. Bei einer Geldstrafe um eines kleinen Betrags willen abzuändern, setzt die Rechtspflege in den Kreisen, in denen sie wirken soll, oft mehr herab, als es nützen oder der Abwägung entsprechen könnte. Das Gericht wird zum Spott, wenn bei einem Studenten, der das Geld mehr als andere rollen läßt, die in erster Instanz erkannte Strafe von 50 M. im zweiten Rechtsgang um 10 M. herabgesetzt wird. Aus rein prozessualem Grunde ein Urteil — manchmal wiederholt — aufzuheben, schädigt die Rechtspflege, wenn vorauszusehen ist, daß auch die neue Verhandlung kein anderes Ergebnis haben wird. Ob die Zurückweisung sich vermeiden läßt, ist deshalb besonders zu prüfen, sowohl wenn sie zwingend vorgeschrieben als auch wenn sie nur zulässig ist. Maßstab zu haben ist alles.

Etwas Phantasie ist nicht zu entbehren. Bei der Erkenntnis der Dinge muß der Richter etwas von dem Historiker haben, auch was er an Tatsachen zu finden hat, ist nur historische Wahrheit. Aber auch der Historiker schreibt nicht nur Urkunden zusammen, er muß mit intuitivem Blicke die Dinge, das wechselnde Weben, das glühende Leben zu meistern, auseinanderzulegen und zu verbinden verstehen, die leitenden Gesichtspunkte im Flusse der Dinge herauszufinden, das Wesentliche, den Kern zu erfassen verstehen! So oft wird etwas ahnend erschaut, ehe der nachprüfende Verstand die Richtigkeit erkennt. Dazu muß der Richter sich vorstellen können, wie seine Tätigkeit wirkt, er muß auch die Zukunft ins Auge zu fassen verstehen.

Digitized by Google

Der Richter hat nicht zu lehren, sondern lebendig zu wirken; seine Tätigkeit ist keine wissenschaftliche Leistung, sondern Verwirklichung der Justizhoheit des Staates (RGSt. 40, 342). Es handelt sich um Werte und Formen des Lebens, da muß die Persönlichkeit als Ganzes wirken; Mut, Verantwortung zu übernehmen, seine Gesinnung, einheitlich geschlossene Lebensanschauung, sein Charakter, seine Persönlichkeit müssen sich geltend machen in seiner ganzen Tätigkeit. Tüchtige Persönlichkeit, großes Wollen und Handeln, Beharrlichkeit, es auszuführen, ist das erste und letzte für ihn. Und wenn die Hemmungen und Widerstände drohen, er kleinmütig meint, sein Eifer helfe doch nichts, sei umsonst, dann soll er nicht erlahmen, sondern sich an dem Kantschen Leitsatz aufrichten: Jeder muß so handeln, als ob alles auf ihn ankomme. Bestimmend ist, daß er das Rechte tue, ob es geschehe, braucht ihn dann nicht zu kümmern.

19. Wichtiger als die Ausarbeitung ist für die beteiligte Partei, daß sie das Urteil zur Benutzung in die Hand bekommt, oder daß die höhere Instanz bald entscheidet.

Es sind deshalb die Fristen, innerhalb deren die Urteile zu den Akten zu bringen sind, einzuhalten.

Daß auch bei ganz gering beschäftigen Gerichten die Gerichtsschreibereien kurze Strafurteile erst 3—4 Wochen und später nach der Verkündung zustellen können (15. Dezember 1907 Schöffengerichtsurteil, 17. Januar 1908 Zustellung, 20. März Strafkammerurteil, 2. Mai erst Zustellung; 26. Mai 1908 Urteil in einer Privatklagesache verkündet, am 25. Juni kommt es zur Gerichtsschreiberei, am 17. August Ausfertigung und Zustellung) und Zivilurteile gar erst nach 4, 5, ja 8 Wochen und später hinausgegeben werden, ist eine Verschleppung (z. B. 2. Dezember 1907 Verhandlung, 9. Dezember Verkündung, 16. Januar 1908 kommt das Urteil zu Gerichtsschreiberei, Anfang Februar Ausfertigung; 4. November 1908 Verkündung, 30. Dezember zur Gerichtsschreiberei, 6. Februar 1909 Zustellung; Zwischenurteil am 21. Januar 1909 verkündet, erst am 30. März kommt es mit einem Endurteil vom 25. Februar zur Gerichtsschreiberei und doch sind beide gar nicht umfangreich.)

Die Ausarbeitung ist von den Richtern in der vorgeschriebenen Zeit mit aller erforderlichen Schnelligkeit zu betreiben und ebenso müssen die Einrichtungen der Kanzleien so sein, daß Ausfertigungen bald erteilt werden. Was für die Parteien durch guten Betrieb im Gerichtssaal gewonnen wird, geht oft in den Schreibstuben wieder verloren.

Es muß dafür gesorgt sein, daß Diktieren, Stenographie, Schreibmaschine in zweckentsprechender, die Geschäfte erleichternder Weise benutzt werden. Hier können die einzelnen Gerichtsvorstände viel für die Promptheit in der Rechtspflege ohne Gesetzesänderung

Digitized by Google

tun. Es muß je nach den örtlichen Verhältnissen eine besondere Aufsicht mit Kontrolle einsetzen. Verwaltungstätigkeit braucht auch der Richter nicht zu scheuen, die Gegensätze Justiz und Verwaltung nimmt man zu schroff. Auch die Unabhängigkeit gibt keinen Freibrief für unpraktische Handhabung, für Hinzerren und Hinschleppen.

Bei vielen Landgerichten hat man eine Beschleunigung erreicht dadurch, daß man sofort nach der Verkündung das Urteil den Parteien überläßt, damit sie sich selbst Abschriften nehmen. Das muß natürlich vernünftig gehandhabt und überwacht werden, sonst kann es noch mehr Unheil stiften als ein anderes Verfahren.

Wird der Stoff in Tatbestand und Gründen knapper und bestimmt gefaßt, so wird die Gerichtsschreiberei nicht mit nutzlosem Schreibwerk beschwert, die Parteien, die die Weitschweifigkeiten bezahlen müssen, haben nicht überflüssige Kosten, die Ausfertigung wird wünschenswert erleichtert und beschleunigt.

Bei dem sonstigen Verfahren wird durch telephonische Anfragen und Aktenbeiziehung mancher Schriftenwechsel überflüssig werden.

20. Eine Prozeßleitung durch das Gericht, die der Energie und des Zieles entbehrt, beeinflußt auch den Prozeßbetrieb der Parteien und Anwälte ungünstig.

Dagegen wird die prompte und sorgfältige Behandlung der Sachen durch den Richter auf die Parteien fördernd zurückwirken. Sie werden nicht unberechtigt streiten, wenn sie sehen, daß es ihnen nichts hilft, nicht einmal eine Hinauszögerung erreicht wird und der Streit bald zu Ende ist. Richterliche Energie wird auch die Tätigkeit der Parteien und ihrer Vertreter anspornen. Sie werden Sorgfalt in der Vorbereitung, Gewissenhaftigkeit im Behaupten und Bestreiten üben, wenn sie sehen, daß eine Oberflächlichkeit bald erkannt wird, daß das Gewissen für die Verwerflichkeit des Lügens geschärft wird.

Die Anwälte werden die Unterweisung von vornherein gründlich nehmen, sich bemühen, das Tatsächliche so genau und vollständig wie möglich unter juristischen Gesichtspunkten darzustellen, die Partei von Verschleierung des Tatbestandes abhalten und auch zu weiter erforderlichen Aufklärungen mit den angemessenen Mitteln und dem nötigen Nachdruck veranlassen. Sie werden sie hinweisen auf mögliche Einwendungen und wenn sie die Darstellung der Partei als entstellt und erlogen erkennen, sich nicht vor einer offenen Aussprache deshalb scheuen, weil die Partei zu einem anderen Anwalt laufen könnte. Die auri sacra fames soll auch dem Gerichtssaal fern bleiben. Der Anwalt soll die Parteien von dem Irrglauben abbringen, er sei

Digitized by Google

dazu da, erlogene Behauptungen zu vertreten, dafür werde er bezahlt. In dieser Beziehung muß er auch nur den leisesten Schein vermeiden; denn Parteien sind geneigt, jeden solchen Schein in ihrem Sinne auszulegen.

Beachten die Parteivertreter dies, so werden nicht Beweise erhoben werden müssen, die gar nicht nötig sind, und die, die nötig sind, unerhoben bleiben. Sie werden auch nicht ohne Grund vertagen, sondern Verständnis für die Empfindung des Gerichts haben, wenn eine Sache aus Gründen, die nicht in ihr liegen, vertagt wird.

Die sogenannte kollegiale Konnivenz ist nur dann eine Tugend, wenn sie die Interessen der Parteien nicht benachteiligt. Meist ist dies der Fall. Die Vertagungen verlängern auf alle Fälle die Unsicherheit und Unruhe einer Partei.

Es ist verzögernd, daß Anwälte, wenn sie Berufung eingelegt haben, nicht sofort die Akten dem zweitinstanzlichen Anwalt abgeben, sondern noch monatelang wegen Regelung des Geldpunktes behalten. Der zweitinstanzliche Anwalt sollte unbedingt auf sofortige Einsendung der Akten dringen. Er sollte sich Selbständigkeit zu erringen trachten, nicht sich zum einfachen Werkzeuge des erstinstanzlichen Anwalts herunterdrücken lassen. Manche Anwälte der ersten Instanz betrachten die der zweiten Instanz nur als nominell beauftragt und sich als die eigentlichen Herrn des Streites.

Daß zweitinstanzliche Anwälte, um Aufklärung von der Partei zu bekommen, dies nur durch Vermittelung des Voranwaltes tun, verlangsamt und verteuert nicht nur das Verfahren, sondern beeinflußt oft auch sachlich die Unterweisung. Gerade worauf der zweitinstanzliche Anwalt Wert legt, kommt nicht scharf zur Geltung. Im Interesse der Rechtspflege ist im allgemeinen direkter Verkehr erforderlich, und die Uebung, daß die zweitinstanzlichen Anwälte nur die Weisungen der erstinstanzlichen Anwälte befolgen, zu beseitigen. Die erstinstanzlichen Anwälte würden sich nichts vergeben, wenn sie den direkten Verkehr zuließen. Besonders in Fällen, wo sie selbst gar keine nähere Beziehung zu der Partei haben, ist das entgegengesetzte Verfahren ohne jede Berechtigung. Da die Korrespondenzgebühren meist gestrichen werden müssen, machen die erstinstanzlichen Anwälte durch ihr Eingreifen ihrer Partei nur unnötige Kosten.

In den Schriftsätzen der Anwälte sind seit der Einführung der Schreibmaschine die Sünden in der Darstellung des Parteivorbringens noch größer als früher geworden; überflüssiges und ungeordnetes Material wird oft gebracht. Der Anwalt sollte sich nicht selbst zum

Digitized by Google

bloßen Uebermittler der Erzählung der rechtsunkundigen Partei herabdrücken. Er sollte es auf jeden Fall vermeiden, Unterweisungsbriefe der Partei unverkürzt und ungeordnet wiederzugeben. Seine Aufgabe sollte er darin sehen, die Parteibehauptungen zu beurteilen und zu verarbeiten und sie unter rechtlichen Gesichtspunkten übersichtlich geordnet, aber auch möglichst gedrängt, mit Weglassung von Dingen, die er selbst als überflüssig ansehen muß, darzustellen.

Daß er Anregungen des Gerichts zur Ergänzung des Materials möglichst bald nachkommt, ist erwünscht.

Rechtsausführungen gehören nur ausnahmsweise in die Schriftsätze und sind dann von dem tatsächlichen Material möglichst zu trennen und kurz zu halten. (Fortsetzung folgt.)

Anmerkung zu S. 223 Z. 19 v. o.:
Am 24. Juni 1909 wird ein Urteil verkündet, die Klage wird abgewiesen. Am 24. August beschwert sich die Klägerin bei dem Oberlandesgericht, sie habe trotz vieler Schreiben an ihren Anwalt und das Landgericht noch kein Urteil bekommen, sie wisse gar nicht, weshalb sie abgewiesen worden sei. Die Akten werden eingefordert, der Gerichtsschreiber schreibt seinem Kollegen am Oberlandesgericht, er könne sie nicht schicken, trotz wiederholter mündlicher und schriftlicher Erinnerung habe der Berichterstatter das Urteil noch nicht ausgearbeitet. Am 6. September kommt das Urteil zur Gerichtsschreiberei. Etwas über eine Seite Gründe! Dazu über 2 Monate gebraucht! Wir müssen wahrhaftig auf die Angriffe gegen die Justiz recht kleinlaut werden. Ein Richter, der sich treten lassen muß vom Gerichtsschreiber! Wozu sind Vorsitzende da, versagt das Kollegialsystem selbst da? Glückliche Stadt der Phäaken! Gibts keine Justizaufsicht?

Nachwort der Schriftleitung. Wir bitten, uns bezeichnende Erfahrungen, was unserer Rechtspflege noch fehlt und nottut, und Gedanken, wie es besser gemacht werden könne, mitzuteilen, wir werden sie sehr gern veröffentlichen. Daß etwas nicht selbständig dazu geeignet ist, sei für niemand ein Grund, es zurückzuhalten; wir sorgen, daß es mit anderem verarbeitet wird. Aus vielen kleinen Quellen, die sich vereinigen und dadurch dem Versiegen entgehen, möge ein Strom werden, der mit starker Kraft unsere Rechtspflege erfrische. Wir hoffen so, viele zur Mitarbeit heranzuziehen, unsere Zeitschrift mehr in die lebendige Entwickelung unserer gemeinsamen Arbeit zu stellen, daß sie von allen Seiten nehme, wieder austeile und überallhin zum Weiterschaffen anspornte. So wollen wir am Werke unserer Zeit helfen, wenigstens es versuchen. Der Erfolg liegt bei den Thüringer Fachgenossen.

Digitized by Google

Entscheidungen.

Aus der Rechtsprechung der Thüringischen Gerichte.

I. Entscheidungen des Oberlandesgerichts Jena.

Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.

1. Bürgerliches Recht und Verfahren.

1. Bei Verteilung einer Gesamthypothek auf die einzelnen belasteten Grundstücke (§ 1132 Abs. 2 BGB.) ist zur Löschung der auf diese nicht zugeteilten Beträge die Zustimmung der Eigentümer (§ 27 Abs. 1 GBO.) nicht erforderlich.

Auf dem zum Nachlasse des verstorbenen Maurermeisters Max K. aus R. gehörigen Grundstücke Blatt 24 des Grundbuchs von Fockendorf, auf den dem Zimmermann Franz R. in Fockendorf gehörigen Grundstücke Blatt 120 und 128 dieses Grundbuchs, sowie auf dem Anteile des letzteren von Grundstück Blatt 133 desselben Grundbuchs steht für die Herzoglich Sächsische Landesbank in A. eine Gesamthypothek von 4000 M. Darlehen nebst Zinsen und 300 M. Kostenkaution eingetragen. Die Landesbankdirektion hat in einer beim Amtsgericht in A. eingereichten, mit Unterschrift und Stempel versehenen Urkunde vom 25. April 1908 erklärt, daß sie diese Hypothek derart auf die Pfandstücke verteile, daß das Grundstück Blatt 24 weiter nur für einen Teilbetrag von 3300 M. s. A. und 300 M. Kaution, das Grundstück Blatt 120 nur für einen Betrag von 300 M. s. A., das Grundstück Blatt 128 für einen Betrag von 100 M. s. A. und der Anteil am Grundstück Blatt 133 nur für einen solchen von 300 M. s. A. hafte, und daß sie dementsprechend die Löschung der nicht zugeteilten Beträge auf den betreffenden und die Löschung der Mitverpfändungsvermerke auf allen Pfandstücken bewillige und beantrage.

Durch Beschluß vom 3. Mai 1908 hat das Amtsgericht den Antrag zurückgewiesen, weil es an der erforderlichen Zustimmung der Grundstückseigentümer zur Löschung fehle. Die Beschwerde der Landesbankdirektion ist durch Beschluß der zweiten Zivilkammer des Landgerichts in Altenburg vom 11. Juni 1908 mit dem Bemerken zurückgewiesen, daß es einer Entscheidung darüber, ob nicht wenigstens die Ver-

Digitized by Google

teilung einzutragen sei, um deswillen nicht bedürfe, weil ein darauf gerichteter Antrag in urkundlicher Form nicht vorliege.

Auf die weitere Beschwerde der Landesbankdirektion legte das Oberlandesgericht die Sache gemäß § 79 Abs. 2 GBO. dem Reichsgericht vor, da es von den Vorentscheidungen abgehen wollte, sich aber hieran durch eine Entscheidung des Kammergerichts (RJA. 2, 240) gehindert sah. Aus den Gründen des oberlandesgerichtlichen Beschlusses:

Das Kammergericht erachtet mit einer Anzahl namhafter Schriftsteller (Planck III 568; Fuchs u. Arnheim II 277; Oberneck I 877; Willenbücher 175 (Liegenschaftsrecht); Achilles u. Strecker 223) für die sich als Folge der Verteilung einer Gesamthypothek ergebenden Löschung der einzelnen Hypotheken um deswillen die Zustimmung der Eigentümer für notwendig, weil diese in § 27 Abs. 1 GBO. für die Löschung von Hypotheken ohne Einschränkung verlangt wird. Diese durch die Denkschrift zur Grundbuchordnung (vergl. Hahn, Motive 5 S. 158, 159) gestützte Ansicht hat zwar den Wortlaut des § 27 Abs. 1 GBO. für sich. Sie erscheint aber nicht vereinbar mit den Bestimmungen des materiellen Rechts. Die Verteilung der Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke enthält einen Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek zu den den einzelnen Grundstücken nicht zugeteilten Beträgen. Ihre Eintragung in das Grundbuch bedarf nicht der Zustimmung des Eigentümers. Sie hat (§ 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB.) kraft Gesetzes das Erlöschen der Hypothek zur Folge. Auch diese Rechtsfolge vollzieht sich ohne jede Mitwirkung des Eigentümers. Es ist nun nicht anzunehmen, daß die Grundbuchordnung sich mit dem materiellen Recht in Widerspruch setzen wollte, indem sie die Zustimmung des Eigentümers da verlangt, wo sie nach materiellem Recht nicht gefordert werden kann, nämlich in den Fällen, in denen das Erlöschen der Hypothek lediglich die gesetzliche Folge einer an die Zustimmung des Eigentümers nicht geknüpften Eintragung, die Löschung aber nur die grundbuchmäßige Verlautbarung dieser Folge ist. Es sind dies die Fälle der §§ 1132 Abs. 2, 1173 Abs. 1 Satz 1 Teil 2 und 1175 Abs. 1 Satz 1 BGB.; auf sie findet nach Ansicht des Oberlandesgerichts § 27 Abs. 1 GBO. keine Anwendung. Hier würde der Zustimmung des Eigentümers zu der Eintragung im Grundbuche jede Bedeutung abgehen. Die Ansicht des Kammergerichts führt in dem Falle des § 1132 Abs. 2 BGB. zu dem befremdenden Ergebnis, daß die Verteilung der Gesamthypothek ohne Zustimmung des Eigentümers in das Grundbuch

Digitized by Google

eingetragen werden kann, daß weiter nach § 49 Abs. 2 GBO. die Mitverpfändungsvermerke der übrigen Grundstücke von Amts wegen zu löschen sind, daß aber die Gesamthypothek selbst in voller Höhe im Grundbuche eingetragen bleiben muß, trotzdem sie nicht mehr in voller Höhe besteht, bis der Eigentümer der Löschung zustimmt. Das kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben.

Mit der hier vertretenen Ansicht stimmen im Ergebnis überein: Staudinger III 637 (3. Aufl.); Güthe I 539; v. Jacobetzky in Gruchot 46, 65 und das BayObLG. in den Blättern für Rechtsanwendung 72, 253; Predari, GBO. Anm. 2 zu § 27.

Beschluß des Ferienſenats vom 11. August 1908, 3 Y 11/08 (nach Altenburg).

Das Reichsgericht billigte mit Beschluß vom 5. Dezember 1908 den Standpunkt des Oberlandesgerichts. Aus den Gründen dieses Beschlusses:

Zur Verteilung der Gesamthypothek auf die einzelnen damit belasteten Grundstücke mit der Wirkung, daß jedes derselben nur für den zugeteilten Betrag haftet, ist nach dem § 1132 Abs. 2 BGB. der Gläubiger, wie auch das Kammergericht nicht verkennt, unabhängig von den betroffenen Eigentümern berechtigt. Dies ergibt sich ebenso aus dem Wortlaut der Bestimmung, wie daraus, daß sie nach der ihr zugrundeliegenden gesetzgeberischen Absicht wesentlich dem Interesse des Gläubigers dient (vergl. Protokolle der II. Komm. bei Mugdan 3, 812). In der Tat stellt sie sich denn auch als eine Folge des dem Gläubiger der Gesamthypothek nach dem 1. Abs. des § 1132 zustehenden Rechtes dar, die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zum Teil zu suchen, also auch den Teil, zu dem jedes einzelne Grundstück zu seiner Befriedigung beizutragen hat, frei zu bestimmen. Auch der im 2. Absatze des § 1132 in Bezug genommene § 875 spricht nur von dem Erfordernis einer Erklärung des „Berechtigten". Zur Durchführung der Verteilung ist aber weiter ihre Eintragung erforderlich. Daß diese nur in Gestalt einer Löschung der nicht zugeteilten Beträge zu verwirklichen sei, ist daraus, daß der § 875 im § 1132 Abs. 2 für „entsprechend" anwendbar erklärt ist, nicht zu entnehmen. Die zur Durchführung der Verteilung erforderliche Eintragung ist eben nicht eine Löschung, sondern die Eintragung einer Verteilung, und keinesfalls kann dem Gläubiger das ihm nach dem § 1132 Abs. 2 zustehende Recht, die Gesamthypothek unabhängig vom Eigentümer zu verteilen, auf dem Umwege über den § 875 Abs. 1 und den § 27 Abs. 1 GBO. wieder

Digitized by Google

entzogen werden. Die letztere Vorschrift, nach der eine Hypothek nur mit Zustimmung des Eigentümers gelöscht werden darf, bezieht sich nicht auf anderweitige Eintragungen, aus denen sich das Erlöschen der Hypothek als Rechtsfolge ergibt. Dies alles wird selbst von der in der Rechtslehre vertretenen strengeren Auffassung zugegeben (s. Planck, 3. Aufl. Anm. 3b Abs. 2 zum § 1132; Biermann, Sachenrecht 2. Aufl. Anm. 4 zu demselben Paragraphen; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht § 151 auf S. 877/78). — Mit der Eintragung der Verteilung erlischt nun die Hypothek auf den einzelnen Grundstücken in Höhe der darauf nicht zugeteilten Beträge ohne weiteres. Damit ist wiederum das Erlöschen der Mitbelastung gegeben, und dieses ist nach dem § 49 Abs. 2 GBO. von Amts wegen zu vermerken. Dann aber begründet der § 27 Abs. 1 auch das Bedenken gegen die Löschung der nicht zugeteilten Beträge nicht mehr. Die in Frage stehende Löschung ist keine Löschung im Sinne des § 27 Abs. 1, sondern nur ein notwendiger Bestandteil der Eintragung der Verteilung.

Daß der von der Landesbankdirektion im Zusammenhang mit der Verteilungserklärung gestellte Antrag sich auf alle zur Durchführung der Verteilung erforderlichen Grundbuchsoperationen bezieht, erscheint nicht zweifelhaft.

2. Ist auf eine vom Anwalt der Partei erklärte Eideszuschiebung einzugehen, wenn die Partei selbst erklärt hat, sie könne bezüglich des Eidesthemas etwas Bestimmtes nicht behaupten?

Der Kläger hat sich in der Berufungsinstanz damit begnügt, dem Beklagten den Eid darüber zuzuschieben, daß dieser ihm Bezahlung für die Benutzung der Giebelwand versprochen habe. Allein die Eideszuschiebung ist unbeachtlich. Denn der Kläger hat bei seiner persönlichen Befragung zugeben müssen, daß er gar nicht in der Lage ist, in dieser Beziehung eine bestimmte Behauptung aufzustellen. Er hält selbst die Darstellung des Beklagten für möglich, wonach sich dieser zwar ihm gegenüber bereit erklärt hat, eine Vergütung für die Benutzung der Giebelwand zu bezahlen, aber vorsichtigerweise hinzugefügt hat, er werde dem zahlen, dem die Wand gehöre. Die Unbeachtlichkeit der Eideszuschiebung ergibt sich bei dieser Sachlage, wenn nicht schon aus § 253 Ziff. 2 ZPO. („bestimmte Angabe des . . . Grundes des erhobenen Anspruchs") so jedenfalls aus den §§ 445 („Tatsachen") und 451 („die bestimmt zu bezeichnende Tatsache").

Digitized by Google

Mit Recht hat man den letzten Paragraphen dahin erläutert, seine Fassung solle ausschließen, daß eine allgemein gehaltene Eideszuschiebung dazu benutzt werde, um den Gegner über Verhältnisse auszuforschen, über die der Beweisführer eine bestimmte Behauptung nicht aufzustellen vermag (vergl. Gaupp-Stein, ZPO. § 451 I.). Und ebenso ist aus der Fassung des § 253 mit Grund gefolgert worden, daß der Kläger die rechtsbegründenden Tatsachen behaupten muß, sie nicht nur als möglich darstellen oder dahingestellt sein lassen darf (Gaupp-Stein § 253 III. 3a). Das ergibt sich auch schon aus der Natur und dem Zwecke des Prozesses, der nicht zur Erörterung von Möglichkeiten und Vermutungen, nicht zur Ermittelung von Rechten, sondern zur Streitentscheidung und zum Schutz der Rechte bestimmt ist. Freilich läßt sich nicht verhindern, daß tatsächlich von einer Partei Behauptungen als solche aufgestellt werden, obwohl sie selbst an ihrer Richtigkeit zweifelt oder sogar von ihrer Unrichtigkeit überzeugt ist. Und ein solches Verhalten wird von mancher Seite sogar als das gute Recht der Partei hingestellt, z. B. insoweit die Zulässigkeit widerspruchsvoller Eventualbegründungen des Klaganspruchs bejaht wird (vergl. Gaupp-Stein, ZPO. § 260 IIa im Gegensatz zu früheren Auflagen, Petersen ZZP. 16, 499). Vergl. auch aus neuester Zeit Schmidt in der DJZ. 1909, S. 39 in Bekämpfung des Aufsatzes von Hellwig „Die Lüge im Prozeß" („Woche" 1908 S. 1715). Gegen ihn Binding in der DJZ. 1909, S. 162. Allein mag es sich hiermit so oder so verhalten, keinesfalls wäre die Folgerung berechtigt, daß der Richter ein Parteivorbringen berücksichtigen müsse, das dahin geht, man könne etwas zwar nicht behaupten, aber man behaupte es eben. Darauf aber läuft es hinaus, wenn vorliegendenfalls erklärt worden ist, man wisse zwar selbst nicht, was der Beklagte gesagt habe, man wolle aber die Behauptung unter Eid stellen, er habe versprochen, an den Kläger zu zahlen. Wollte man ein derartiges Vorbringen zulassen, so brauchte ja der andere Teil nur zu erklären, er schiebe den Eid zurück. Man kann unmöglich annehmen, daß nunmehr der Richter genötigt werden könnte, auf den zurückgeschobenen Eid zu erkennen und ihm dem Deferrenten abzunehmen, der etwa die Stirn besäße, ihn trotz seiner früheren Erklärung ableisten zu wollen. Ein Standpunkt, der zu derartigen Konsequenzen führen kann, ist notwendig unhaltbar. Das Vorbringen des Klägers kann also nicht anders aufgefaßt werden, als daß die Behauptung, der Beklagte habe versprochen, ihm für die Benutzung der H.schen Giebelwand 200 M. zu zahlen, nicht aufrecht erhalten werden kann.

Digitized by Google

Urteil des 3. Zivilsenats vom 12. Dezember 1908, 3 U 88/08 (nach Altenburg).

3. Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Kindern.

Zwischen den Parteien ist ein Ehescheidungsprozeß anhängig. Ihr zwei-undeinhalbjähriges Kind ist zufolge einstweiliger Verfügung des Landgerichts Meiningen vom 27. November 1907 von dem Antragsteller seiner Ehefrau herausgegeben worden. Später hat der Antragsteller gegen sie eine einstweilige Verfügung des Senats vom 5. September 1908 erwirkt, durch die ihr aufgegeben wird, ihm während der Dauer des Ehescheidungsprozesses an zwei Tagen jeder Woche in den Nachmittagsstunden zwischen 3 bis 6 Uhr den persönlichen Verkehr mit seinem Kinde zu gestatten und zu dulden, daß er nach jedesmaliger Anmeldung das Kind zu diesem Zwecke bei ihr abholen lasse. Dieser Auflage ist die Ehefrau angeblich nicht nachgekommen. Entsprechend dem von ihrem Manne gestellten Antrag ist sie daher vom Landgericht in Meiningen durch Beschluß vom 5./8. Januar 1909 nach vorheriger Androhung zu einer Haftstrafe von drei Tagen verurteilt worden. Hiergegen richtet sich ihre sofortige Beschwerde vom 12. Januar 1909, mit der sie Aufhebung des Haftbeschlusses erstrebt. Sie ist begründet.

Die Erfüllung der durch die einstweilige Verfügung auferlegten Pflicht zur Duldung des persönlichen Verkehrs mit dem Kinde könnte nur dann mit Haftstrafen erzwungen werden, wenn die Vorschriften der §§ 888 oder 890 ZPO. anwendbar wären. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die einstweilige Verfügung gebietet der Ehefrau nicht eine Handlung, die ausschließlich von ihrem Willen abhängt (§ 888 ZPO.). Ihrem Wortlaut nach verlangt sie von der Ehefrau überhaupt nicht die Vornahme einer Handlung, sondern ein passives Verhalten, ein Dulden. Dies ist indes nicht entscheidend. Maßgebend ist vielmehr der sachliche Inhalt der einstweiligen Verfügung, und dieser richtet sich auf die — zeitweilige — Herausgabe des Kindes. Die Herausgabe des Kindes ist aber keine unvertretbare Handlung im Sinne des § 888 ZPO.; sie ist durch die Wegnahme des Kindes erzwingbar (DresdenAnn. 26, 537; SeuffArch. 60 Nr. 113).

Aber auch eine nach § 890 ZPO. zu behandelnde Verpflichtung der Ehefrau, die Vornahme einer Handlung zu dulden, steht nicht in Frage. Dies ergibt sich ohne weiteres daraus, daß die einstweilige Verfügung, wie schon ausgeführt, die Herausgabe, also ein Handeln,

Digitized by Google

kein Dulden, gebietet. Aber auch wenn man entscheidendes Gewicht auf den Wortlaut legt, gelangt man zu dem gleichen Ergebnis. Denn dann ist die Vorschrift des § 892 ZPO. anwendbar, nach der der Gläubiger zur Beseitigung des Widerstands, den der Schuldner der Vornahme einer von ihm nach § 890 ZPO. zu duldenden Handlung entgegensetzt, einen Gerichtsvollzieher zuziehen kann (Gaupp-Stein, ZPO. II Nr. III, zu § 883 S. 726). Ein unmittelbarer Erfüllungszwang, wie er hier erstrebt wird, kann durch Androhung von Strafen nach § 890 ZPO. nicht ausgeübt werden. Die Strafen des § 890 ZPO. dienen anders, als die des § 888 das., nicht als Beugezwang zur Erreichung einer bestimmten Handlung; sie werden als rechte Rechtsstrafen zur Sühnung der begangenen Zuwiderhandlung verhängt (Gaupp-Stein, a. a. O. Nr. I zu § 890 S. 742).

Versagen sonach die Vorschriften der §§ 888 und 890 ZPO., so findet sich auch im übrigen im Gesetz keine besondere Bestimmung, die die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Kindern (oder anderen unselbständigen Personen) regelt. Es ist aber in der Rechtslehre und Rechtsprechung überwiegend anerkannt, daß auf die Zwangsvollstreckung zum Zwecke der Herausgabe von Kindern die Vorschrift des § 883 ZPO. entsprechend anzuwenden ist. Dieser Ansicht schließt sich der Senat an. Nach ihr hat der Antragsteller, um seinen Anspruch auf zeitweilige Herausgabe seines Kindes zwangsweise zu verwirklichen, einen Gerichtsvollzieher mit der Wegnahme zu beauftragen. Daß dieses Verfahren dem Willen des Gesetzes entspricht, hat auch bei Beratung der Zivilprozeßordnung Ausdruck gefunden (Kommissionsbericht S. 441; Hahn, Mater. S. 861). Und im Einklang damit sind in einer Reihe von Einzelstaaten in die Dienstanweisungen für die Gerichtsvollzieher entsprechende Vorschriften aufgenommen worden (s. auch SeuffArch. 46 Nr. 152; JW. 1904, 557 [19]).

Beschluß des 2. Zivilsenats vom 19. Januar 1909, 2 W 3/09 (nach Meiningen)

4. In dem gerichtlichen Verfahren betreffend die Ernennung eines Schiedsrichters erhält der Rechtsanwalt für die Vertretung bei der Beweisaufnahme nur die Hälfte der in § 13 Nr. 4 RAGO. festgesetzten Beweisgebühr.

Digitized by Google

Die einschlägige Bestimmung des § 22 RAGebO. lautete in der alten Fassung:

„Der Rechtsanwalt erhält die Prozeßgebühr und die Verhandlungsgebühr nur zu $^5/_{10}$, wenn seine Tätigkeit Anträge auf Sicherung des Beweises (ZPO. § 447—455) oder die Anordnung der von Schiedsrichtern für erforderlich erachteten richterlichen Handlungen (ZPO. § 862) betrifft. Für die Vertretung bei der Beweisaufnahme erhält der Rechtsanwalt die Beweisgebühr (§ 13 Nr. 4)."

Die Prozeß- und Verhandlungsgebühr, die nach § 13 Nr. 1 und 2 die vollen Sätze des § 9 betragen, wurden somit in § 23 Satz 1 auf $^5/_{10}$ herabgesetzt. Die Beweisgebühr ist in § 13 Nr. 4 auf $^5/_{10}$ der Sätze des § 9 festgesetzt. Sie sollte auch in den Fällen des § 22 zur Anwendung kommen und zwar zum vollen Betrage (§ 22 Satz 2). Diese besondere Behandlung der Beweisgebühr entspricht dem Charakter der dabei vom Anwalt entwickelten Tätigkeit. Die von Schiedsrichtern für erforderlich erachteten richterlichen Handlungen betreffen im wesentlichen Beweisaufnahmen, nämlich die Vernehmung oder Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen oder die Abnahme eines Parteieides (§ 862 ZPO. a. F.), die von derselben Bedeutung für die Entscheidung und mit denselben Schwierigkeiten verknüpft sind, als wenn der Rechtsstreit im Rechtswege verhandelt würde und die Beweisaufnahme erforderlich gemacht hätte. Das Verfahren zur Sicherung des Beweises ist ebenso wichtig. In beiden Fällen des § 22 RAGO. a. F. ist daher die Tätigkeit des Anwaltes bei der Beweisaufnahme keine wesentlich andere, als wenn der Streitstoff im ordentlichen Prozeßverfahren anhängig wäre. Deshalb war es angemessen, dem Anwalt als Beweisgebühr denselben Betrag zuzubilligen, der ihm zugekommen wäre, wenn sich die Akte im ordentlichen Prozeßverfahren abgespielt hätten.

Diese Erwägung ist auch in der Begründung der vom Reichstage in diesem Punkt unverändert angenommenen Regierungsvorlage zum Ausdruck gekommen. Während die Herabsetzung der Prozeß- und der Verhandlungsgebühr damit gerechtfertigt wird, daß die Tätigkeit des Rechtsanwaltes einfacher sei als im ordentlichen Rechtsstreit, wird zu Satz 2 bemerkt (StenB. über die Verhandlungen des deutschen Reichstags 4. Legislaturperiode II. Session 1878 4. Band Anlagen S. 134, 135):

„Falls in den vorgesehenen Fällen ein Beweisverfahren stattfindet, so ist die Tätigkeit des Anwalts in einer solchen wesentlich dieselbe,

Digitized by Google

wie in den im § 13 Nr. 4 vorgesehenen Fällen, so daß dann auch die Beweisgebühr gewährt werden kann."

Das GKG. a. F. erhob in § 34 für die Entscheidung einschließlich des Verfahrens über Anträge auf Anordnung der von Schiedsrichtern für erforderlich erachteten richterlichen Handlungen $^3/_{10}$ der ordentlichen Gebühr, während für die Beweisaufnahme selbst keine weitere Gebühr vorgesehen war (vergl. StenB. über die Verhandlungen des deutschen Reichstags, 3. Legislaturperiode, II. Session 1878 3, 587). Die übrigen sich auf ein schiedsrichterliches Verfahren beziehenden gerichtlichen Akte, nämlich betreffend die Ernennung oder Ablehnung eines Schiedsrichters, das Erlöschen eines Schiedsvertrags, die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens oder die Aufhebung eines Schiedsspruches, waren durch § 26 Nr. 10 GKG. einer Gerichtsgebühr von $^5/_{10}$ der ordentlichen Gebühr unterworfen.

Bei allen diesen Akten gebührte dem Rechtsanwalt für seine Tätigkeit gemäß § 20 RAGO. a. F. $^5/_{10}$ der in §§ 13—18 bestimmten Gebühren. Hier war also nicht nur die Prozeß- und die Verhandlungsgebühr, sondern auch die Beweisgebühr auf $^5/_{10}$ herabgesetzt, und zwar, wie die Begründung der Regierungsvorlage (StenB. 1879 4. Band, Anlagen S. 134) erläuternd bemerkt, wegen der einfacheren Tätigkeit des Rechtsanwalts. Eine gesonderte Behandlung der Beweisgebühr würde sich in diesen Fällen, in denen eine Beweisaufnahme nicht den sachlichen Streitstoff des schiedsrichterlichen Verfahrens zum Gegenstande hat, nicht gerechtfertigt haben.

Während bereits nach § 862 ZPO. alter Fassung die Anordnung einer von den Schiedsrichtern erforderlich erachteten richterlichen Handlung lediglich des Antrags einer Partei bedurfte, war für alle in § 26 Nr. 10 GKG. a. F. genannten Akte in § 871 ZPO. a. F. der Klageweg vorgeschrieben. Die Novelle vom 17. Mai 1898 setzte an dessen Stelle in § 1045 ZPO. n. F. auch für Entscheidungen über die Ernennung oder Ablehnung eines Schiedsrichters oder über das Erlöschen eines Schiedsvertrags das Beschlußverfahren. Zugleich wurden diese Akte im GKG. § 26 Nr. 10 gestrichen und in § 34 Nr. 2 verwiesen, so daß sie nur noch einer Gerichtsgebühr von $^3/_{10}$ unterliegen. Der Vereinfachung des Verfahrens sollte eine geringere Gebühr entsprechen. Die Begründung der Regierungsvorlage (StenB. des Deutschen Reichstags, 9. Legislaturperiode V. Session 1. Band, Anlagen S. 668) sagt hierzu:

„Für das durch die Aenderungen im § 871 Abs. 2, 3 der ZPO. vereinfachte Verfahren betreffend die Ernennung oder Ablehnung

Digitized by Google

eines Schiedsrichters oder das Erlöschen eines Schiedsvertrags führt der Entwurf eine entsprechende Herabsetzung der Gebühren herbei, indem er die fraglichen Streitigkeiten aus dem § 26 Nr. 10 GKG. ausscheidet und in den § 34 Nr. 2 einstellt (zu vergl. auch § 22 Satz 1 der RAGebO. in der Fassung des Art. VII Nr. 3 des Entwurfs)."

Die Herübernahme dieser Akte aus § 26 Nr. 10 GKG. in § 34 GKG. hatte zur Folge, daß sie zugleich aus § 20 RAGebO., der auf erstere Bestimmung verweist, ausschieden. Man fügte sie nunmehr in § 22 Satz 1 RAGebO. ein, und zwar offenbar deshalb, weil § 34 GKG., dem diese Akte hinzugefügt wurden, bereits in der alten Fassung die in § 22 Satz 1 RAGebO. a. F. aufgenommene Anordnung der von Schiedsrichtern für erforderlich erachteten richterlichen Handlungen enthielt.

Durch die Einfügung in § 22 Satz 1 RAGebO. würde, wenn man sich lediglich an den Wortlaut hielte, allerdings Satz 2 dieses Paragraphen auch auf das Verfahren betreffend die Ernennung eines Schiedsrichters Anwendung finden und daher die Anwaltsgebühr für die Vertretung bei einer Beweisaufnahme nicht die Hälfte der Beweisgebühr des § 13 Nr. 4 RAGebO., wie dies früher der Fall war, sondern die volle Beweisgebühr betragen. Eine solche Aenderung ist jedoch von dem Gesetzgeber nicht beabsichtigt. Dem vereinfachten Verfahren sollte eine geringere Gerichtsgebühr als früher entsprechen. Demgegenüber die Anwaltsgebühren zu erhöhen, würde widersinnig gewesen sein und ist vom Gesetzgeber nicht gewollt. Die Begründung zum Entwurf, die hier für die Gesetzesauslegung unbedenklich verwertet werden darf, da der Entwurf insoweit vom Reichstag unverändert angenommen worden ist (vergl. RG. 59, 168), enthält über die Aenderung der RAGebO. in diesem Punkte nur den oben wiedergegebenen Hinweis auf Art. VII Nr. 3 des Entwurfs. Es war daher nur eine redaktionelle Aenderung vorgesehen, die durch die Ausscheidung der betreffenden Akte aus § 26 Nr. 10 GKG. und damit aus § 20 RAGebO. notwendig geworden war. Eine sachliche Aenderung der Anwaltsgebühren ist nicht gewollt, sie sollten dieselben bleiben. Dabei hat man aber unbeachtet gelassen, daß der Satz 2 des § 22 die volle Beweisgebühr zubilligt. Es liegt somit ein Redaktionsversehen vor, das dadurch zu erklären ist, daß die in Satz 1 des § 22 eingeschobenen Akte in § 34 GKG. mit demjenigen Akte des schiedsrichterlichen Verfahrens vereinigt worden sind, der bereits in der alten Fassung der RAGebO. in § 22 seinen Platz gefunden hatte.

Digitized by Google

Dieses offenbare Redaktionsversehen kann unbedenklich im Wege der Auslegung berichtigt werden, da der wahre Wille des Gesetzgebers aus der Gesetzesänderung selbst und ihrer Begründung klar erkennbar ist. Diesem Willen entsprechend ist auf die in § 22 Satz 1 RAGebO. neu eingefügten Akte, nämlich die gerichtlichen Verfahren betreffend die Ernennung oder Ablehnung eines Schiedsrichters und das Erlöschen eines Schiedsvertrags, Satz 2 dieses Paragraphen nicht anwendbar, es ist vielmehr unter analoger Anwendung des § 20 RAGebO. nach wie vor für die Vertretung bei einer Beweisaufnahme als Anwaltsgebühr nur die Hälfte der Beweisgebühr des § 13 Nr. 4 in Ansatz zu bringen. (Derselben Ansicht im Ergebnis: Walter-Joachim, Gebührenordnung für Rechtsanwälte, 5. Auflage, Berlin 1908, Anm. zu § 22; anderer Meinung ohne Begründung: Willenbücher, Das Kostenfestsetzungsverfahren und die Gebührenordnung für Rechtsanwälte, 6. Aufl., Berlin 1906, Anm. zu § 22.) Mit Recht weist übrigens Walter-Joachim a. a. O. darauf hin, daß andernfalls bei Klagen anläßlich des schiedsrichterlichen Verfahrens, die ihren Platz in § 26 Nr. 10 GKG. und somit in § 20 RAGebO. behalten haben, die Beweisgebühr nur zu $^5/_{10}$ in Ansatz komme, während bei den Anträgen aus § 22 die Beweisgebühr die volle Höhe haben würde. Dagegen ist es unzutreffend, wenn Walter-Joachim von einer Omission des Gesetzgebers bei der Neuredaktion spricht, und anscheinend auch in den Fällen, die § 22 Satz 1 bereits in der alten Fassung aufführte, die Beweisgebühr auf die Hälfte herabsetzen will.

Der Vorderrichter hat daher mit Recht nur die Hälfte der ordentlichen Beweisgebühr in Ansatz gebracht.

Beschluß des zweiten Zivilsenats vom 17. März 1908, W 18/08 (nach Meiningen).

5. Zulässigkeit der Berichtigung eines Schiedsspruches. — Kann ein Schiedsrichter noch in dem auf Erlaß des Vollstreckungsurteils gerichteten Verfahren (§ 1042 ZPO.) abgelehnt werden?

Durch schriftlichen Vertrag vom 11./12. Mai 1901 verpflichtete sich die Beklagte dem Kläger gegenüber, in dessen Gaswerk in C. einen Gasometer herzustellen. Entstehende Streitigkeiten sollten nach dem Vertrage der Entscheidung eines Schiedsgerichts unterliegen. Dementsprechend wurde, nachdem tatsächlich Differenzen zwischen den Parteien entstanden waren, ein aus dem Gasdirektor J. und dem Zivilingenieur F. bestehendes Schiedsgericht mit der Sache befaßt. Dieses

Digitized by Google

fällte unter dem 21./22. Juni 1906 einen Schiedsspruch, der „die Beklagte" verurteilte, die an den Nähten und Nieten des Gasometers befindlichen Undichtigkeiten auf ihre Kosten zu beseitigen und ihr von den Kosten des Verfahrens $^9/_{10}$ mit 5063,75 M. auferlegte. In dem Rubrum des Schiedsspruches war als Beklagte die Z.sche Maschinenfabrik G m b H. (vorm. Sch. u. K.) in E., vertreten durch ihren Geschäftsführer F. K. daselbst, bezeichnet. Durch einen am Ende des Schiedsspruches niedergeschriebenen, vom 1./2. Februar 1907 datierten Beschluß der Schiedsrichter J. und F. wurde das Rubrum des Schiedsspruches dahin berichtigt, daß beklagte Partei „die Firma Z.sche Maschinenfabrik Sch. u. K. in E. (Inhaber F. K. daselbst)" — die jetzige Beklagte — sei.

Der Kläger erhob nunmehr gegen die letztere Klage mit dem Antrage,

das Landgericht möge das Vollstreckungsurteil zu dem Schiedsspruche und dem Berichtigungsbeschluß vom 1./2. Februar 1907 dahin erlassen, daß die Beklagte die an den Nähten und Nieten des von ihr erbauten Gasometers in der Gasanstalt zu E. befindlichen Undichtigkeiten auf ihre Kosten zu beseitigen und von den Gesamtkosten des schiedsrichterlichen Verfahrens 5063,75 M. zu tragen habe.

Die Beklagte brachte eine Reihe von formellen und materiellen Einwendungen vor und trug auf Klageabweisung an.

Durch das am 27. September 1907 verkündete Urteil erklärte das Landgericht die Zwangsvollstreckung aus dem Schiedsspruch und Berichtigungsbeschluß in dem im Klageantrage begehrten Umfang für zulässig.

Aus den Gründen des Berufungsurteils:

Die Berichtigung des Schiedsspruches durch den Beschluß vom 1./2. Februar 1907 war nicht unzulässig. Normalerweise ist die Tätigkeit der Schiedsrichter mit der Niederlegung des Schiedsspruches auf der Gerichtsschreiberei beendigt (§§ 1039, 1040 ZPO.). Indes schließt dies nicht aus, daß die Schiedsrichter unter besonderen Umständen auch nachträglich noch fungieren (vergl. RGZ. 59, 150). Das muß dann für zulässig erachtet werden, wenn eine im Schiedsspruche untergelaufene offenbare Unrichtigkeit zu beseitigen ist. Für diesen Fall greift zwar nicht der § 319 ZPO. Platz, der nur für das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten gilt (§ 1034 ZPO., Petersen-Anger, ZPO. Bd. 2 Nr. 4 zu § 1040 S. 787). Wohl aber darf das ihm zugrunde liegende Prinzip auch für den Schiedsspruch, der nach § 1040 ZPO. mit den Wirkungen eines rechts-

Digitized by Google

kräftigen gerichtlichen Urteils ausgestattet ist, angewandt werden. Der Schiedsspruch, dem ein äußerlicher Mangel der in § 319 ZPO. bezeichneten Art anhaftet, bringt die den Schiedsrichtern nach dem Schiedsvertrage obliegende Aufgabe der Erledigung des Streites nicht zum formellen Abschluß. Die Schiedsrichter dürfen und müssen daher in diesem Falle einen berichtigten Spruch unterschreiben, zustellen und niederlegen. Der Umstand, daß das Schiedsgericht nicht, wie das ordentliche Gericht, eine ständige Institution ist, kann hieran nichts ändern. Denn er schließt die Möglichkeit eines nachträglichen Zusammentritts der Schiedsrichter nicht aus. Die Grenze, bis zu der die Berichtigung des Spruches zulässig ist, bildet die Aenderung und Ergänzung des formell abgeschlossenen Schiedsspruches; zu ihr sind die Schiedsrichter nur auf Grund eines neuen Schiedsvertrages befugt (siehe RGZ. 38, 395 f. JW. 1886 S. 397,4; vergl. SeuffA. 45 Nr. 248, ElsLothZ. 10, 397). Eine solche Aenderung liegt hier nicht vor. Vielmehr haben die Schiedsrichter ihren — mit einem Fehler im Ausdruck behafteten — Schiedsspruch vom 21./22. Juni 1906 lediglich richtiggestellt und den so berichtigten Spruch unter Beobachtung der Vorschriften des § 1039 ZPO. auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt. Wie der Inhalt des Tatbestandes des Schiedsspruches klar ergibt, wollten die Schiedsrichter den Streit, der zwischen den Parteien des Vertrages vom 11./12. Mai 1901 — also dem Kläger und der Beklagten — bestand, entscheiden. Die „Beklagte" wird fortgesetzt mit der im Vertrag vom 11./12. Mai 1901 als Unternehmerin aufgetretenen Firma Z.sche Maschinenfabrik Sch. u. K. — der jetzigen Prozeßpartei — identifiziert. Die „Beklagte" wird als diejenige bezeichnet, die den Schiedsrichter F. abgelehnt und diese Ablehnung im Beschwerdewege verfolgt habe. Damit kann aber nur jene Firma gemeint sein, von der tatsächlich die Ablehnung ausging. Daß die Firma Z.sche Maschinenfabrik GmbH. zufolge Uebernahme der Firma Z.sche Maschinenfabrik Sch. u. K. in den Schiedsvertrag eingetreten und Partei im schiedsrichterlichen Verfahren geworden sei, ist mit keinem Worte in dem Tatbestande des Schiedsspruches angedeutet. Es muß danach als ausgeschlossen gelten, daß der Schiedsspruch vom 21./22. Juni 1906 die erwähnte Gesellschaft mit beschränkter Haftung, als Rechtsnachfolgerin der ursprünglichen Vertragspartei, treffen sollte. Unzweifelhaft wäre ein dahingehender Wille des Schiedsgerichts irgendwie zum Ausdruck gelangt. Dies alles beweist, daß der Schiedsspruch sich gegen die jetzige Beklagte richtete, und daß deren irrtümliche Bezeichnung im Rubrum

Digitized by Google

nur auf ein durch den Gleichklang der Firmen herbeigeführtes Versehen im Ausdruck zurückzuführen ist. Aber selbst angenommen, daß das Schiedsgericht wirklich — entsprechend der Rubrizierung — seinen Spruch gegen die Z.sche Maschinenfabrik GmbH. habe erlassen wollen, so stünde dies der Zulässigkeit der Berichtigung nicht entgegen. Daß das Schiedsgericht seinen Spruch gegen den Sonderrechtsnachfolger des ursprünglichen Vertragsteils abgibt, mag an sich bedenkenfrei sein (vergl. Gaupp-Stein, ZPO. Bd. 2 Nr. II zu § 1040 S. 883). Indes fehlte es vorliegend an den Voraussetzungen hierzu. Denn die Z.sche Maschinenfabrik GmbH. war nicht in den Schiedsvertrag zwischen den Parteien an Stelle der Beklagten eingetreten. Der gegen jene Gesellschaft etwa erlassene Schiedsspruch betraf also eine Dritte, am schiedsrichterlichen Verfahren gar nicht beteiligte Person. Dagegen war durch ihn die den Schiedsrichtern übertragene Funktion, den Streit zwischen den Parteien zu entscheiden, noch nicht erledigt. Zur Beendigung dieser ihrer Aufgabe waren die Schiedsrichter nach wie vor auf Grund des Schiedsvertrages der Parteien befugt und verpflichtet. Und sie entsprachen dieser Aufgabe, indem sie in der Form des Berichtigungsbeschlusses vom 1./2. Februar 1907, der den sachlichen Inhalt des Schiedsspruches vom 21./22. Juni 1906 in sich aufnahm, den — nach ausstehenden — Schiedsspruch zwischen den Parteien fällten und diesen in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise (§ 1039 ZPO.) zustellten und niederlegten.

Mit der Ablehnung des Schiedsrichters J. wegen Befangenheit (§ 1032 ZPO.) kann die Beklagte in dem gegenwärtigen Verfahren nicht gehört werden. Sie konnte diese nur bis zur Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens geltend machen. Nachdem das Schiedsverfahren durch Fällung und Niederlegung des Spruchs seinen formellen Abschluß gefunden (§ 1039 ZPO.) und die Funktion der Schiedsrichter aufgehört hat, ist der Natur der Sache nach für eine Ablehnung kein Raum mehr. Einen Schiedsrichter abzulehnen, der überhaupt nicht mehr zur Tätigkeit berufen ist, ist ein Widerspruch in sich. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, daß die Beklagte, wie sie behauptet, den Ablehnungsgrund erst nach Erlaß des Schiedsspruches erfahren hat. Dieser Umstand geht auf ihre Gefahr. Einen Schutz hiergegen gewährt ihr das Gesetz nur insofern, als nach § 1041 Ziff. 6 vbd. § 580 Ziff. 5 ZPO. (siehe auch § 1042 Abs. 2 ZPO.) der Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruches begründet ist, wenn ein Schiedsrichter bei dem Spruche mitgewirkt hat, der sich in Be-

Digitized by Google

ziehung auf das Schiedsverfahren einer kriminell strafbaren Amtspflichtverletzung gegen die Partei schuldig gemacht hat. Davon kann hier keine Rede sein.

Etwas anderes ist es, wenn im Schiedsverfahren ein mit Grund abgelehnter Schiedsrichter mitgewirkt hat. Dies begründet die Unzulässigkeit des Verfahrens im Sinne des § 1041 Ziff. 1 ZPO. (siehe hierzu JW. 1893 S. 459 ff., 1899 S. 726,1; vergl. auch RGZ. 13, 350 ff., 44, 391 f.; §§ 551 Ziff. 3, 579 Ziff. 3 ZPO.).

Urteil des zweiten Zivilsenats vom 28. Januar 1908, 2 U 156/07 (nach Meiningen).

6. Bestellung einer Hypothek für einen „Spar- und Vorschußverein". — Inwieweit hat der Grundbuchrichter die Rechtsfähigkeit des einzutragenden Gläubigers zu prüfen? — Was ist unter einer dem Inhalt nach unzulässigen Eintragung (§ 54 Abs. 1 Satz 2 GBO.) zu verstehen?

Mit ihrer — durch den Notar H. in C. beglaubigten — Erklärung vom 30. Dezember 1908 bewilligte und beantragte die Witwe A. aus Sch. die Eintragung zweier Sicherungshypotheken von 2000 M. und 1000 M. auf ihren im Grundbuch für Sch., beschriebenen Grundbesitz zugunsten des Spar- und Vorschußvereins in Sch. Das Amtsgericht (Grundbuchamt) in C. fragte nach Eingang der Erklärung zunächst bei dem Notar H. an, ob die Eintragung erfolgen solle, wiewohl, soviel bekannt, ein Spar- und Vorschußverein in Sch. nicht existiere. Auf die in die Worte: „es sei von der Witwe A. so beantragt" gekleidete, bejahende Antwort verfügte dann das Grundbuchamt die Eintragung der beiden Sicherungshypotheken in das Grundbuch, die auch erfolgte. Unter dem 28. Januar 1909 beantragte jedoch die Witwe A. bei dem Grundbuchamt, die beiden Sicherungshypotheken gemäß § 54 GBO. von Amts wegen wieder zu löschen, da sich herausgestellt habe, daß es einen Spar- und Vorschußverein mit Rechtspersönlichkeit in Sch. nicht gebe. Das Grundbuchamt lehnte durch Beschluß vom 2. Februar 1909 den Antrag ab. Die dagegen eingelegte Beschwerde wurde vom Landgericht in Meiningen, Zivilkammer III, durch Entscheidung vom 16. Februar 1909 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere, von den Rechtsanwälten Dr. B. und E. unterzeichnete Beschwerde der A. vom 22. März 1909. Mit ihr wird beantragt, die Löschung der Hypotheken anzuordnen, da als Gläubiger eingetragen sei, wer Subjekt von Rechten und Pflichten

Digitized by Google

überhaupt nicht sein könne, mithin eine ihrem Inhalte nach unzulässige Eintragung vorliege.

Die weitere Beschwerde ist unbegründet. Denn es liegt weder eine Verletzung des § 54 GBO., die die Beschwerdeführerin offenbar behaupten will, noch die einer sonstigen formellen oder materiellen Gesetzesbestimmung vor.

Nach § 1115 BGB. muß bei der Eintragung einer Hypothek unter anderem der Gläubiger im Grundbuch angegeben werden. Gläubiger kann aber begrifflich nur sein, wer fähig ist, Träger von Rechten zu sein, also nur natürliche und juristische Personen und solche Rechtsgebilde, denen, wie der offenen Handelsgesellschaft (§ 124 HGB.), ausnahmsweise kraft besonderer Gesetzesvorschrift — zwar nicht die Rechtspersönlichkeit — wohl aber die Fähigkeit beigelegt ist, nach außen hin als Vermögensträger zu erscheinen (OLGRechtspr. 8, 204 ff.). Danach kann allerdings der Spar- und Vorschußverein Sch., wenn er, wie behauptet, der Rechtspersönlichkeit ermangelt, nicht Träger des Gläubigerrechts in Ansehung der beiden Sicherungshypotheken sein. Denn daß er, ohne eine juristische Person zu sein, ein selbständiges, mit Vermögensfähigkeit ausgestattetes Rechtsinstitut sei, ist nicht ersichtlich. Damit ist indes nicht gesagt, daß die Eintragung der Hypotheken unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen oder gar ihrem Inhalte nach unzulässig sei (§ 54 Abs. 1 Satz 1 u. 2 GBO.). Bei Beantwortung dieser Frage ist von dem Wesen und Umfang der Prüfungspflicht des Grundbuchamtes auszugehen. Nach der in der Rechtslehre und Rechtsprechung herrschenden Meinung, der der Senat beitritt, hat das Grundbuchamt nicht nachzuforschen, ob die bei der Hypothekenbestellung von dem Schuldner als Gläubiger angegebene natürliche oder juristische Person tatsächlich oder rechtlich existiert. Es darf sich genügen lassen, wenn als Gläubiger eine natürliche oder juristische Person ersichtlich bezeichnet ist. Ist freilich als Gläubiger angegeben, wer Subjekt von Rechten nicht ist und nicht sein kann (z. B. der verstorbene X. oder eine Konkursmasse oder ein Verein ohne Rechtsfähigkeit), so ist es zur Ablehnung beantragter Eintragung berechtigt und verpflichtet. Darüber hinaus ist es aber auch dann schon zur Beanstandung des Eintragungsantrags befugt, wenn der Gläubiger, der keine natürliche Person ist, in dem Antrage in einer Weise bezeichnet wird, die Zweifeln an seiner Rechtsfähigkeit Raum läßt. So z. B. dann, wenn ein Personenverein als Gläubiger eingetragen werden soll und der Besitz der Rechtsfähigkeit nicht wenigstens behauptet ist. Kann dagegen der im Antrag angegebene Gläubiger

Digitized by Google

nach der gewählten Bezeichnung als rechtsfähige Person existieren, dann darf der Grundbuchrichter Nachweise über die tatsächliche und rechtliche Existenz regelmäßig nicht weiter fordern, es sei denn etwa, daß er bestimmten Grund zu der Annahme hat, es solle seine Mitwirkung zu einer unredlichen Handlung mißbraucht werden (KG. bei Johow 24 A, 83 ff.; 28 A, 75; in SeuffA. Bd. 57 Nr. 123; OLGRspr. 5, 7 f.; 8, 204 ff.; von Staudinger, BGB. III Nr. I 6 d zu § 1115 S. 590; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht I Nr. 1a zu § 1115 S. 737).

Wendet man diese Rechtsgrundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ergibt sich, daß der Grundbuchrichter mit der Eintragung der Hypotheken nicht gegen das Gesetz verstoßen hat. Schon die Bezeichnung des Gläubigers als eines „Spar- und Vorschußvereins" war so gewählt, daß Zweifel an seiner Rechtsfähigkeit nicht wohl aufzukommen brauchten. Das Grundbuchamt durfte nach dem Namen und Zweck des Vereins annehmen, daß er in die vielfach übliche Rechtsform derartiger kleinerer Kreditinstitute, nämlich in diejenige einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft nach dem Gesetz vom 10. Mai 1889 / 20. Mai 1898 gekleidet sein und daher die Rechtspersönlichkeit besitzen werde (siehe dazu §§ 1 Ziffer 1, 17 GG.). Daran kann auch der Umstand nichts ändern, daß der in §§ 2 und 3 GG. vorgeschriebene Zusatz (e. G. m. u. H. uff.) fehlte. Denn im Handels- und Geschäftsverkehr wird dieser Zusatz der Vereinfachung halber oft weggelassen (vgl. Parisius-Crüger, GG., Nr. 5 zu § 3 S. 78) und sein Fehlen bietet daher keinen Grund zu der Annahme, daß ein Verein, dessen Name und Zweck sonst auf die Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft hinweist, eine andere Struktur habe. Wollte man aber selbst annehmen, die einfache Bezeichnung: „Spar- und Vorschußverein" ohne Hervorhebung der Rechtsfähigkeit habe bei dem Grundbuchrichter Bedenken erwecken müssen, so hat dieser doch das getan, was nach Lage der Sache zur Aufklärung erforderlich war. Die Antwort des Notars H. war nur so zu verstehen, daß nach der Behauptung der Witwe A. ein „Spar- und Vorschußverein" in Sch. bestehe, der als Träger des Hypothekenrechts eingetragen werden solle und könne. Wenn auch die Frage des Grundbuchrichters offenbar mehr auf die tatsächliche Existenz des Vereins abzielte, so schloß doch die Antwort die Bejahung nicht nur dieser, sondern auch der rechtlichen Existenz, mithin die Behauptung der Rechtspersönlichkeit des Vereins, in sich. Andernfalls konnte der Verein nicht Träger der

Digitized by Google

Gläubigerrechte werden und hatte also die Aufrechterhaltung des Eintragungsantrages keinen Sinn. Für den Grundbuchrichter lag daher nach dem Inhalt der Antwort kein Anlaß vor, weitere Nachforschungen nach der Rechtsfähigkeit des Vereins anzustellen. Noch viel weniger war er verpflichtet, von der Antragstellerin den Nachweis zu verlangen, daß der Verein Subjekt der Hypothekenrechte sein könnte. Die Eintragung der beiden Hypotheken ist also nicht unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen (§ 54 Abs. 1 Satz 1 GBO.). Im übrigen würde selbst das Vorliegen einer Gesetzesverletzung den Antrag auf Löschung der Hypotheken nicht rechtfertigen. Denn § 54 Abs. 1 Satz 1 GBO. sieht für den Fall, daß das Grundbuch durch eine gesetzwidrige Eintragung unrichtig geworden ist, nur die Einzeichnung eines Widerspruchs vor (siehe dazu übrigens ZBlFG. 5, 834).

Eine Löschung von Amts wegen findet lediglich dann statt, wenn sich eine Eintragung ihrem Inhalte nach als unzulässig erweist (§ 54 Abs. 1 Satz 2 GBO.). Dieser Fall liegt hier nicht vor. Wie sich aus der Gegenüberstellung der beiden Fälle des § 54 Abs. 1 Satz 1 und 2 GBO. ergibt, kann nicht jede unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommene Eintragung als ihrem Inhalte nach unzulässig gelten. Die Eintragungen, gegen die nach § 54 Abs. 1 Satz 1 GBO. ein Widerspruch einzutragen ist, sind solche, die an sich in das Grundbuch aufgenommen werden dürfen und nur im gegebenen Falle wegen Fehlens der Eintragungsvoraussetzungen unstatthaft waren; die nach ihrem Inhalte unzulässigen Eintragungen des § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. dagegen sind solche, die nach dem Gesetz vom Grundbuch absolut ausgeschlossen sind (OLGRspr. 10, 100 ff.). Der Hauptfall der letzteren ist die Buchung nicht eintragungsfähiger Rechte. Das Wesen der inhaltlich unzulässigen Eintragungen besteht darin, daß sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§ 892 BGB.) auf sie nicht erstreckt; sie sind rechtlich bedeutungslose Eintragungen, aus denen kein Nachteil erwachsen kann, deren Löschung aber im Interesse der Klarstellung des Grundbuchs angezeigt ist (siehe Denkschrift zum Entwurf der GBO. § 52; Predari, GBO. Anm. 12 und 13 zu § 54 S. 649 f.). Aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich, daß die Eintragung der Hypotheken auf den Namen des „Spar- und Vorschußvereins Sch." keine ihrem Inhalte nach unzulässige Buchung darstellt. Denn aus der Eintragung selbst erhellt nicht, daß der Gläubiger eine nicht rechtsfähige Person sei. Vielmehr deutet, wie zuvor dargelegt ist, der Name „Spar- und Vorschußverein" auf eine eingetragene Genossenschaft, also auf eine Verbandsperson hin, die Trägerin von Hypo-

Digitized by Google

thekenrechten sein kann. Anders würde wohl die Sache zu beurteilen sein, wenn die Gläubigerbezeichnung selbst ohne weiteres den Mangel der Rechtspersönlichkeit erkennen ließe (z. B. bei Eintragung einer Konkursmasse als Gläubigerin).

Beschluß des zweiten Zivilsenats vom 30. März 1909, 2 Y 3/09 (nach Meiningen).

7. Wie weit darf der Vormundschaftsrichter das Recht des geschiedenen schuldigen Ehegatten auf persönlichen Verkehr mit den Kindern beschränken?

Es ist zwar richtig, daß die Rücksicht auf das geistige und leibliche Wohl der Kinder die oberste Richtschnur für das Vormundschaftsgericht auch bei Regelung ihres persönlichen Verkehrs mit dem geschiedenen und für schuldig erklärten Elternteil bilden muß. Nicht übersehen werden darf aber, daß § 1636 BGB. dem geschiedenen, an der Scheidung schuldigen Ehegatten ein Recht auf den persönlichen Verkehr gibt, und daß der Vormundschaftsrichter nur die Ausübung dieses Rechts zu regeln hat. Dabei sind nicht nur die Interessen der Kinder, sondern auch die Interessen beider geschiedenen Ehegatten zu berücksichtigen. Die Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts dürfen aber die Rechte des von der Sorge für die Person ausgeschlossenen Elternteils nicht weiter verkümmern, als das Interesse der Kinder und des anderen Elternteils es erfordern. Es ist deshalb eine unrichtige Fragestellung, wenn das Landgericht prüft, ob das Interesse der Kinder die beantragte Aenderung der Regelung des persönlichen Verkehrs erheische. Zu prüfen wäre vielmehr gewesen, ob das Interesse der geschiedenen Frau sie erfordere und die Interessen der Kinder und des geschiedenen Ehemannes sie gestatten.

Beschluß des 1. Zivilsenates vom 23. Januar 1909, Y 1/09 (nach Greiz).

8. Wann ist die Veranlassung für eine Sicherheitsleistung im Sinne des § 109 ZPO. weggefallen? Ist der Verzicht auf die Vollstreckung eines gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils ein solcher Wegfall der Veranlassung?

Die Frist des § 109 ZPO. ist zu bestimmen, wenn die „Veranlassung" für eine Sicherheitsleistung weggefallen ist. Die ZPO.

Digitized by Google

gibt keine Erläuterung dieses Ausdrucks und auch die Begründung und die Protokolle zum Gesetz können für die Auslegung nicht verwertet werden. Allein die §§ 108 und 109 ZPO. geben Vorschriften für alle diejenigen Fälle, in denen die ZPO. eine Sicherheitsleistung gebietet oder nachläßt (§ 715 ZPO. ist nur Ausnahmespezialbestimmung; vergl. den Entwurf zur Novelle; Komm.-Bericht bei Hahn, Mat. S. 391, und Radlauer in ZZP.); und zwar ist § 109 durch die Novelle vom 17. Juni 1898 eingefügt, um die oft nur im Wege besonderen Prozesses zu erreichende Rückerlangung der Sicherheit zu erleichtern (Begründung in den Drucksachen des Reichstags 1897/98 Nr. 61 S. 91). Es muß daher diese „Veranlassung" im Sinne einer zusammenfassenden Bezeichnung für alle diese Fälle, als die je nach der Verschiedenartigkeit dieser Fälle verschiedene äußere Voraussetzung für diese Sicherheitsleistung verstanden werden, d. h. als diejenigen Umstände, welche zur Hinterlegung geführt haben.

Nicht zutreffend wird nun der Begriff von einer verbreiteten Auffassung dahin verstanden, es müsse ein Zustand eingetreten sein, der verbürge, daß für denjenigen, zu dessen Gunsten hinterlegt ist, kein Ersatzanspruch bestehen könne (vergl. Levis in ZZP. 34, 166 und dort Zitierte). Denn das Verfahren nach § 109 bezweckt ja gerade implizite mit die Geltendmachung solcher Ansprüche (vergl. hierzu besonders Levis a. a. O. S. 168 ff., OLG. Karlsruhe, BadRspr. 02, 292).

Jedenfalls aber kann auch nicht stets und lediglich die Beseitigung der prozessualen Maßregel als Wegfall der Veranlassung der Sicherheit angesehen werden, sondern nur eine derartige Gestaltung der Verhältnisse, daß eine Fortdauer der Sicherheit zur Verhütung einer Gefährdung des durch die Maßregel Betroffenen nicht mehr erforderlich erscheint, daß also ein weiterer Schaden nicht mehr entstehen kann und der sofortigen Liquidierung eines etwa bereits entstandenen Schadens Hindernisse nicht mehr entgegenstehen (vergl. RG. JW. 1905 S. 645, 12), daß also der mit der Möglichkeit eines Schadens verbundene und zur Hinterlegung der Sicherheit führende Schwebezustand der Ungewißheit einem gewissen Zustande Platz gemacht hat (Levis, a. a. O. S. 169 ff.).

Somit ist aber auch in jedem einzelnen konkreten Falle der beantragten Aufhebung einer Sicherheit zu untersuchen, was diese Veranlassung für den Fall gewesen ist, und ob sie eben für diesen Fall weggefallen ist. Dabei wird sich ergeben, daß in concreto auch eine Reihe von Tatsachen nebeneinander als solche Endigungsmöglichkeiten

Digitized by Google

bestehen können. So kann die Veranlassung für die Hinterlegung einer Sicherheit aus einem gegen Sicherheit für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil z. B. wegfallen, sowohl durch die Rechtskraft des Urteils, wie auch etwa durch nachträgliche Aufhebung der vorläufigen Vollstreckbarkeit (§§ 712, 718 ZPO.). (Vergl. über eine Anzahl Fälle des § 109 ZPO.: Radlauer, ZZP. 31, 477 ff.; auch KG. OLGRspr. 3, 215.)

Dies aber festgestellt, so hindert den Kläger in dem letztgedachten Falle, wenn er eine Sicherheit zum Zwecke der Einleitung der Zwangsvollstreckung hinterlegt hat, nichts, auf diese Vollstreckung vor der Vollziehung einer Vollstreckungsmaßregel zu verzichten und die Rückgabe der Sicherheit nach § 109 cit. zu betreiben. Denn vorausgesetzt, daß ein gültiger Verzicht vorliegt, so ist mit ihm die Veranlassung für die Hinterlegung der Sicherheit weggefallen. Wie sich aus dem Zwecke der Hinterlegung jedenfalls für ihn ergibt, ist für die Hinterlegung nicht sowohl das Urteil, jedenfalls nicht allein und als selbständig wirkender Faktor, als die Veranlassung der Hinterlegung anzusehen. Denn dieses schafft, wenn schon es auch kausal für die Hinterlegung und deshalb auch ein Teil jener die Voraussetzung für die Hinterlegung bildenden Umstände ist, doch nur die prozessuale Grundlage für die Hinterlegung der Sicherheit, auf Grund deren hinterlegt werden kann, aber keineswegs hinterlegt zu werden braucht. Die treibende Veranlassung zur Hinterlegung ist vielmehr der Wille des Klägers, seine Forderung zwangsweise beizutreiben und zu dem Zwecke von der durch das Urteil als Mittel zum Zwecke ihm zu gebenden und — allerdings bedingt durch die Sicherheitsleistung — auch gegebenen Befugnis zur Zwangsvollstreckung Gebrauch zu machen. Dies Verlangen führt dann schließlich zur Hinterlegung, bildet also im letzten Ende die Veranlassung hierzu (vergl. hierzu auch KG. in OLG-Rspr. 1, 294). Die einfach logische Folge aber ist, daß nicht etwa der Wegfall des die vorläufige Vollstreckbarkeit oder die Pflicht zur Sicherheitsleistung aussprechenden Teiles des Urteils allein den Wegfall dieser Veranlassung bildet, sondern diese auch dann schon, wenn der Kläger rechtsgültig von dieser Vollstreckung absehen zu wollen erklärt, als die oben entwickelte Voraussetzung der Hinterlegung weggefallen, somit die Bahn frei ist für das Verfahren nach § 109 ZPO.

Daß aber ein rechtsgültiger Verzicht dem Beklagten gegenüber ausgesprochen ist, ist — und damit erledigt sich auch die Streit-

Digitized by Google

frage, ob der Wegfall der Veranlassung lediglich darzulegen, glaubhaft zu machen oder nachzuweisen ist (vergl. Radlauer a. a. O. S. 475; Levis a. a. O. S. 170) durch die Zustellung des Schriftsatzes vom 2. Februar 1909 an den Beklagten nachgewiesen.

In gleichem Sinne haben sich bereits ausgesprochen von den Kommentatoren allein Gaupp-Stein, Nr. 15 zu § 109 ZPO.; ferner OLG. Kolmar am 24. Januar 1907 Recht 11 Nr. 481; OLG. Karlsruhe BadRspr. 1902 S. 292.

Die Entscheidungen des KG. vom 7. März 1907 KGJ. 18, 67, OLG. Hamburg OLGRspr. 3, 438 stehen jedenfalls der derzeitigen Entscheidung nicht entgegen, weil sie sich auf einen Verzicht beziehen, welcher erst nach vorgenommenen Zwangsvollstreckungsmaßregeln ausgesprochen worden ist, während hier zur Zeit des Antrags und der Beschwerde ausweislich der Akten noch nicht einmal eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils erteilt worden war. Der Senat hat deshalb auch keine Veranlassung, auf diese Entscheidungen näher einzugehen.

Beschluß des 1. Zivilsenats vom 24. Februar 1909, 1 W 7/09 (nach Weimar).

9. Versäumnisteilurteil. Zuziehung der Parteien bei Beschaffung der Unterlagen eines Schiedsgutachtens. Verjährung bei einem Werkvertrag. Kosten eines Schiedsgutachtens.

Die Firma Gebr. P. hatte auf Grund eines Vertrags vom 15. Oktober 1898 die Heizungsanlage einer städtischen Schule in G. hergestellt. Ueber die Erfüllung der Garantie, die sie auf die Dauer von zwei Jahren für die Heizkraft der Anlage übernommen hatte, entstand Streit. Für diesen Fall hatte der Vertrag die Entscheidung eines „Schiedsgerichts" — richtiger einer Schiedsgutachterkommission — vorgesehen. Die Stadt G. führte eine solche herbei. Die Entscheidung fiel zu ihren Gunsten aus. Darauf klagte sie auf Umbau der Anlage und auf Erstattung der Honorare der „Schiedsrichter" sowie sonstiger Unkosten.

Im Gegensatz zum Landgericht erkannte das OLG. durch ein Versäumnisteilurteil auf Ausführung des Umbaues und Erstattung der „Schiedsrichter"-Honorare.

Aus den Gründen:

Auch gegen die Beschränkung der Entscheidung auf einen Teil dessen, was die Klage und Berufung von der Beklagten verlangt,

Digitized by Google

besteht kein Bedenken. Hat es die Partei beim Ausbleiben des Gegners in der Hand, ob sie überhaupt ein Urteil herbeiführen will, so kann ihr auch nicht verwehrt werden, bei ihrem Antrag einen Teil des Streitgegenstandes auszuschalten und späterer Verhandlung vorzubehalten.

Wie nicht mehr streitig ist, ist das in § 5 des Vertrages vom 15. Oktober 1898 vorgesehene Schiedsgericht nach der wahren Absicht des Vertrages kein solches, sondern eine sogenannte Schiedsgutachterkommission, die nur festzustellen hat, ob der gerügte Mangel der Heizungsanlage vorhanden und ob er abstellbar ist oder der Fall der Zurücknahme des Werkes vorliegt. Das Schiedsgutachten ist erstattet und begründet die Klage, soweit sie auf den Umbau der Anlage gerichtet ist. Das Landgericht hat sie aber deshalb abgewiesen, weil die Beklagte zu der Besichtigung und Prüfung der Anlage, die die Schiedsgutachter am 9. August 1907 vorgenommen haben, nicht zugezogen worden ist. Darin wird ein Mangel des Verfahrens erblickt, der das Gutachten als nicht ordnungsmäßig zustande gekommen erscheinen lasse. Das Landgericht beruft sich hierfür auf allgemeine „Rechtsregeln". Mit Unrecht. Nicht einmal für das schiedsrichterliche Verfahren im Sinne des 10. Buches der ZPO. besteht eine Vorschrift, wonach die Schiedsrichter die Parteien von einer beabsichtigten Beweisaufnahme benachrichtigen oder zu ihr zulassen müßten. (Vergl. RGZ. 47, 426; SeuffA. 64, 40.)

Eher könnte man ein Bedenken daraus herleiten, daß die Schiedsgutachter die Beklagte während der ganzen Dauer des Verfahrens nicht veranlaßt haben, sich zu den zu begutachtenden Fragen zu äußern. Es scheint nicht ausgeschlossen, daß das Landgericht auch das im Auge gehabt hat, weil in der Begründung seines Urteils an einer Stelle allgemein von einer Urteilsbildung ohne Zuziehung der Parteien die Rede ist. Möglicherweise haben hier die Vorschriften der §§ 1034 und 1041 Ziffer 4 der ZPO. vorgeschwebt, wonach die Schiedsrichter vor Erlassung des Schiedsspruchs die Parteien zu hören haben, und die Nichtanhörung die Anfechtbarkeit ihres Spruchs zur Folge hat. Allein zunächst sind diese Vorschriften keineswegs ohne weiteres auf das von dem schiedsrichterlichen Verfahren seinem Zweck und Wesen nach völlig verschiedene Verfahren bei Abgabe eines Schiedsgutachtens zu übertragen. (Vergl. Weismann im ArchZivPrax. 72, 287; RDHG. 3, 76; RG. in Masius' Rundschau 18, 94.)

Sodann ist folgendes zu berücksichtigen: Den Schiedsgutachtern haben die Akten des Stadtrats zu G. vorgelegen, die die zwischen

Digitized by Google

den Parteien über die Streitpunkte gewechselte Korrespondenz und also auch die Erklärungen der Beklagten enthalten. Außerdem haben die Schiedsgutachter die Beklagte zwar nicht zur Abgabe von weiteren Erklärungen veranlaßt, allein die Beklagte hat vollauf Gelegenheit gehabt, ihnen alles vorzutragen, was sie in ihrem Interesse noch vorzutragen etwa für nötig hielt. Am 18. Juli 1907 hat die Klägerin selbst die Konstituierung des „Schiedsgerichts" der Beklagten mitgeteilt. Auch die Namen der „Schiedsrichter" sind ihr angezeigt worden. Am 17. Dezember 1907, also fünf Monate später, ist das Schiedsgutachten abgegeben worden. Auch daß die Sachverständigen am 9. August die Anlage besichtigt und geprüft haben, wußte die Beklagte, wenn ihr auch die Nachricht davon so spät zuging, daß sie keinen Vertreter mehr zur Besichtigung entsenden konnte. Wenn die Beklagte gleichwohl von der Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern, keinen Gebrauch gemacht hat, so hat sie keinen Grund, deshalb einen Dritten anzuklagen.

Das Landgericht spricht nun in der Urteilsbegründung mehrfach davon, daß die Klägerin *schuldhaft* unterlassen habe, für eine rechtzeitige Benachrichtigung der Beklagten von dem Besichtigungstermin Sorge zu tragen. Inwiefern hier ein Verschulden der Klägerin für die Beurteilung der Sache von Einfluß sein könnte, ist nicht ersichtlich. Wäre die Benachrichtigung der Beklagten zum Zustandekommen eines wirksamen Spruches erforderlich, so würde es gleichgültig sein, ob sie mit oder ohne Verschulden der Klägerin unterblieben ist.

Daß etwa die Klägerin die Beklagte *arglistigerweise* von der Besichtigung ferngehalten habe, ist nirgends behauptet und wird offenbar auch vom Landgericht nicht angenommen. Es kann also nicht etwa die Rede davon sein, daß die landgerichtliche Entscheidung aus dem Gesichtspunkte einer deliktischen Schadensersatzpflicht oder einer sogenannten exceptio doli generalis aufrecht erhalten werden könnte . . .

Den Verjährungseinwand hat das Landgericht mit Recht zurückgewiesen. In Frage kommt die fünfjährige Verjährung des § 638 BGB. Die Einrichtung der Heizungsanlage gehörte zur Herstellung des Schulgebäudes, stellt sich also als Bauwerk im Sinne des zitierten Paragraphen dar. (Vergl. RGZ., 57, 378.)

Die Verjährung beginnt mit der Abnahme des Werks. Wenn die Beklagte diese auf den 10. Februar 1900 festsetzt, weil an diesem Tage die Anlage in Betrieb genommen worden sei, so kann dem mit Rücksicht auf das, was über die Vornahme einer Probeheizung im

Digitized by Google

Vertrag bestimmt ist, nicht beigetreten werden. Bevor diese Probeheizung stattgefunden hatte und befriedigend ausgefallen war, sollte offenbar die Anlage nicht als abgenommen gelten. Demgemäß lief ja auch die zweijährige Garantiefrist nach der ausdrücklichen Bestimmung in § 2 des Vertrags erst von der Probeheizung ab. Sie hat vom 6.—9. Oktober 1900 stattgefunden. Die Verjährung hat hiernach keinesfalls vor dem 9. Oktober 1900 zu laufen begonnen. Immerhin scheint sie auf den ersten Blick am 3. März 1908, dem Tage der Klagezustellung, abgelaufen zu sein.

Das Landgericht hat den Standpunkt eingenommen, daß im vorliegenden Falle der Lauf der Verjährung erst am 14. März 1904 begonnen habe, dem Tage, an dem die Klägerin den mit der Klage geltend gemachten Mangel ungenügender Heizwirkung gerügt habe. Es entnimmt das aus den Vertragsbestimmungen über die — nachträglich bis zum 1. April 1904 verlängerte — Garantiefrist in Verbindung mit § 638 Abs. 2 BGB. Daß die Vereinbarung einer Garantiefrist die Bedeutung haben kann, daß dadurch der Beginn des Verjährungslaufes hinausgeschoben wird, ist allgemein anerkannt. Gegen die Annahme des Landgerichts ergeben sich aber in mehrfacher Hinsicht Bedenken, und jedenfalls ist die Fixierung des Verjährungsbeginns auf den 14. März 1904 nicht haltbar. Zunächst ist der Mangel ungenügender Heizwirkung als solcher keineswegs erst an diesem Tage, sondern lange vorher, im Januar 1901, gerügt worden. In dem Briefe vom 14. März 1904 kann lediglich die Rüge gefunden werden, daß auch der Umbau vom Jahre 1903 den Mangel nicht behoben habe. Sodann ist überhaupt kein Grund ersichtlich, weshalb gerade die Mängelrüge die Verjährung in Lauf setzen, der Unternehmer also insofern der Willkür des Bestellers preisgegeben sein soll. Schließlich ist folgendes zu erwägen:

Allerdings findet sich in der Rechtsprechung überaus häufig der Satz ausgesprochen, im Falle der Vereinbarung einer Garantiefrist laufe die Verjährung der Mängelansprüche nicht von der Ablieferung der Sache oder des Werkes, sondern erst von der Entdeckung — nicht Rüge — des Mangels ab, sofern diese nur innerhalb der Garantiefrist erfolge. (Vergl. RGZ. 65, 121; Recht 1903 S. 263; JW. 1901 S. 61.)

Allein den betreffenden Entscheidungen liegen ersichtlich durchweg Fälle zugrunde, in denen die vereinbarte Garantiefrist länger war als die gesetzliche Verjährungsfrist, und ohne die in Rede stehende Annahme die Geltendmachung eines Mangels wegen eingetretener Ver-

Digitized by Google

jährung ausgeschlossen gewesen wäre, obgleich er innerhalb der Garantiefrist hervorgetreten war und deshalb nach dem unzweifelhaften Willen der Parteien sollte geltend gemacht werden können. Im vorliegenden Falle ist die Garantiefrist kürzer als die Verjährungsfrist, das Bedürfnis für die Annahme einer Herausschiebuug der Verjährung also nicht ohne weiteres gegeben.

Indessen würde man vielleicht schon auf dem folgenden Wege zur Verwerfung des Verjährungseinwandes kommen müssen: Die Bestimmungen des Vertrags über die Garantieübernahme zeigen, daß die auf Grund der ersten Probeheizung erfolgende Abnahme der Anlage keine definitive sein sollte. Infolge später hervortretender Mängel konnte sich die Notwendigkeit eines Umbaues oder gar der Wegnahme der Anlage ergeben und zur vollen Beseitigung der Wirkungen der Abnahme führen. Kam es zu einem Umbau, so konnte auch dieser sich als mangelhaft erweisen, insbesondere völlig neue Mängel aufweisen. Es ist nicht anzunehmen, daß die Klägerin bei Geltendmachung der Mängel eines solchen Umbaues schlechter gestellt sein sollte, als bei Geltendmachung ursprünglicher Mängel. Für sie kann daher die Abnahme des ursprünglichen Werkes nicht maßgebend sein, die Verjährung kann vielmehr keinesfalls vor der Billigung des Umbaues beginnen. Im vorliegenden Falle hat nun ein Umbau zuletzt im Sommer 1903 stattgefunden, also konnte die Verjährung des jetzt erhobenen Anspruchs nicht vor dem Sommer 1908 abgelaufen sein. Die Klage ist aber bereits am 3. März 1908 erhoben.

Wenn man aber auch, wie es der Senat tut, die Schlüssigkeit dieses Gedankenganges dahingestellt läßt, muß es bei der Verwerfung des Verjährungseinwandes bleiben. Das ergibt sich einmal aus der bisher anscheinend nicht berücksichtigten Vorschrift des § 639 Abs. 2 BGB. Danach ist, wenn sich der Unternehmer im Einverständnisse mit dem Besteller der Prüfung des Vorhandenseins des Mangels oder der Beseitigung des Mangels unterzieht, die Verjährung gehemmt, bis der Unternehmer das Ergebnis der Prüfung dem Besteller mitteilt oder ihm gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt oder die Fortsetzung der Beseitigung verweigert. Solche Hemmungen sind, wie sich aus dem unstreitigen Sachverhalte ohne weiteres ergibt, mehrfach eingetreten. Wie lange sie gedauert haben, ist aus dem, was Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist, nicht zu entnehmen. Infolgedessen kann aber die Vollendung der Verjährung keinesfalls als erwiesen gelten. Und zwar um so weniger, als sich eine weitere Hemmung der Verjährung aus den Vertragsbestimmungen in betreff

Digitized by Google

des sogenannten Schiedsgerichts ergibt. Solange dieses nicht gesprochen hatte, konnte die Klägerin eine Mängelklage nicht erheben. Hieraus hat die Klägerin in erster Instanz die Konsequenz gezogen, daß der Lauf der Verjährung vor Abgabe des Schiedsgutachtens überhaupt nicht begonnen habe. In der Tat entspricht das einer in der Literatur vertretenen Anschauung, die dahin geht, daß der Sachverständigenspruch eine Voraussetzung des Anspruchs bilde. (Vergl. Josef, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, S. 139; Entscheidung des RG. vom 6. Dezember 1904 nach der Mitteilung in ZVersWiss. 6, 172.)

Auch der erkennende Senat hat in dem Beschluß vom 3. Dezember 1908 (3 W 103/08) diese Anschauung in einer, wenn auch nur beiläufigen Bemerkung zum Ausdruck gebracht. Es bedarf gegenwärtig keiner Stellungnahme zu dieser Frage. Jedenfalls gebietet eine der Vorschrift des § 157 BGB. entsprechende Auslegung des vorliegenden Vertrages, die Hemmung der Verjährung für den Fall der Berufung des „Schiedsgerichts" auf die Zeit von der Berufung bis zur Abgabe des Schiedsgutachtens als vereinbart anzusehen. Auf eine derartige Auslegung weist auch der gesetzgeberische Gedanke hin, der der Bestimmung in § 220 Abs. 2 BGB. zugrunde liegt. Die hierdurch bedingte Hemmung erstreckt sich auf den Zeitraum vom Mai bis Dezember 1907.

Endlich ist aber auch die Verjährung durch Anerkennung des Anspruchs der Klägerin unterbrochen worden. Die Anerkennung ist n denjenigen Erklärungen der Beklagten zu erblicken, durch die sie sich zu Arbeiten zwecks Beseitigung der Mängel der Anlage verpflichtet hat. Daß in Erklärungen des Unternehmers, einen Mangel beseitigen zu wollen, eine Anerkennung und Unterbrechung der Verjährung liegen kann, und daß hieran durch die Vorschrift des § 639 Abs. 2 BGB. nichts geändert worden ist, kann nicht zweifelhaft sein. (Vergl. Protokolle II, S. 314.)

Selbstverständlich sind solche Erklärungen zur Unterbrechung nur dann geeignet, wenn sie nicht bloßer Gefälligkeit oder Kulanz, sondern erkennbar der Meinung entsprungen sind, zur Beseitigung eines Mangels verpflichtet zu sein. Das ist aber hier auch der Fall. Sowohl in dem Briefe der Beklagten vom 17. September 1902, als in dem Briefe derselben vom 7. März 1903 kommt diese Meinung deutlich zum Ausdruck. Schon an dem zuletzt erwähnten Briefe scheitert sonach der Verjährungseinwand (§§ 208 und 217 BGB.). Nur dann könnte er Erfolg haben, wenn die Beklagte damit Recht

Digitized by Google

hätte, daß durch die Garantiebestimmungen des Vertrags die Verjährungsfrist verkürzt worden sei. Das ist indessen zu verneinen. Den Schwerpunkt dieser Bestimmungen bildet die Erklärung der Beklagten, daß sie für einen gewissen Heizeffekt der Anlage einstehen wolle, und zwar nicht nur dafür, daß ihn die Anlage zur Zeit der Abnahme habe, sondern auch dafür, daß sie ihn zwei Jahre von diesem Zeitpunkte ab noch aufweise. Wie die Klägerin einer derartigen Zusage gegenüber, die auf eine Erweiterung der ihr nach dem Gesetz zustehenden Rechte nicht nur dem Inhalt, sondern auch der Zeit nach abzielte, hätte auf den Gedanken kommen sollen, es werde ihr damit gleichzeitig eine Schmälerung dieser Rechte durch Verkürzung des zu ihrer Geltendmachung zur Verfügung stehenden Zeitraumes angesonnen, ist nicht abzusehen. (Vergl. hierzu auch Meyer in „Recht" 1903, S. 76.)

Auch der sonstige Inhalt des Vertrages ergibt nichts dergleichen. Wollte die Beklagte, daß innerhalb der Garantiefrist die Klage erhoben oder doch das „Schiedsgericht" berufen werden müsse, so mußte sie dafür sorgen, daß das klar und deutlich zum Ausdruck komme. (Vergl. SeuffA. 62, 17.)

Die Berufung auf einen angeblichen Handelsgebrauch ist unbeachtlich, da die Klägerin nicht Kaufmann ist, und weder behauptet noch anzunehmen ist, daß er ihr bekannt gewesen sei . . . .

Von den Ersatzansprüchen der Klägerin kommt für jetzt nur der auf Erstattung der Kosten des „Schiedsgutachtens" in Betracht. Ob dieser unter dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes gegenüber der Bestimmung des letzten Satzes des § 5 des Vertrages — „ein anderweitiger Schadensersatz ist ausgeschlossen" — begründet ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls liegt die Erstattung der Kosten des Schiedsgutachtens aus einem anderen Grunde im Sinne des Vertrages. Wäre die Bestimmung in betreff des Schiedsgutachtens nicht getroffen worden, so hätten die von den Sachverständigen außerhalb des richterlichen Verfahrens beantworteten Fragen in dem Prozesse auf die Mängelklage entschieden werden müssen. Die Kosten hierfür hätten einen Teil der Rechtsstreitkosten gebildet, hätten als solche von der Beklagten getragen werden müssen, da die Mängelklage begründet ist. Dadurch, daß die Tatfrage der Vertragsmäßigkeit der Anlage aus dem Prozesse ausgeschieden worden ist, hat gewiß in betreff des Kostenpunktes nichts geändert werden sollen. Auf eine dahingehende Willensrichtung der Parteien deutet keine Bestimmung des Vertrags.

Urteil des 3. Zivilsenats vom 11. Februar 1909, 3 U 154/08 (nach Gotha).

Digitized by Google

10. Besteht eine Prozeßkostenvorschußpflicht des Ehemanns in Ehesachen, falls der Ehefrau das Armenrecht bewilligt ist? Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung?

Die Antragstellerin ist auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verklagt. Es ist ihr das Armenrecht bewilligt. Ihr Antrag, durch einstweilige Verfügung dem Kläger die Zahlung eines Kostenvorschusses an sie aufzugeben, ist abgelehnt worden aus folgenden Gründen:

Der Antragstellerin ist das Armenrecht bewilligt. Ebenso wie sie selbst deshalb von der Zahlung von Vorschüssen befreit ist, ebenso entfällt für sie die Berechtigung, von ihrem Ehemann die Leistung eines Kostenvorschusses zu verlangen (RGZ. 37, 370). Jedenfalls ist deshalb für eine einstweilige Verfügung kein Raum mehr. Ihr Erlaß ist zur Abwendung wesentlicher Nachteile (§ 940 ZPO., vergl. RGZ. 47, 75) nicht erforderlich, da die Ehefrau auch ohne sie im Rechtsstreit ordnungsgemäß vertreten wird.

Aber auch wenn man zugeben will (vergl. SächsArch. f. Rechtspfl. 1, 425/29), eine Ehefrau könne unter Umständen trotz der Bewilligung des Armenrechts ein wesentliches Interesse daran haben, daß der Ehemann ihr die Prozeßkosten vorschieße, weil sie dann in der Lage sei, sich einen Prozeßvertreter zu wählen, weil für sie, die ja nur vorläufig von der Bezahlung der Kosten befreit sei, keine Kostenschuld entstehe, und weil sie dann nicht zu befürchten habe, daß im Fall des Unterliegens die Kosten des Gegners von ihr beigetrieben werden, so liegt doch hier kein Grund vor, dem Antrag stattzugeben. Die Beiordnung des Rechtsanwalts H. kann die Antragstellerin nicht benachteiligen, und nach ihrem Stand und ihren Erwerbsverhältnissen ist durchaus nicht anzunehmen, daß in absehbarer Zeit eine Kostenschuld gegen sie mit Erfolg geltend gemacht werden könnte.

Daher war der Antrag zurückzuweisen.

Beschluß des 3. Zivilsenats vom 22. Februar 1909, 3 Ü 23/09 (nach Altenburg).

11. Kann eine Partei einen Vorschuß auf die Kosten einer Reise verlangen, die sie unternehmen muß, um sich einem auswärtigen Arzte zu der durch Beweisbeschluß angeordneten Untersuchung zu stellen?

Durch Beweisbeschluß des Landgerichts Meiningen vom 9. Oktober 1908 ist auf Antrag der Beklagten die Einholung eines Gutachtens des Geheimen Medizinalrats Prof. Dr. R. in Jena über den Grad

Digitized by Google

der Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit des Klägers angeordnet worden. Die Beweisaufnahme soll durch das Amtsgericht Jena, als ersuchtes Gericht, erfolgen; der Erlaß des Ersuchungsschreibens ist davon abhängig gemacht, daß die Beklagte einen Auslagenvorschuß von 30 M. zur Landgerichtskasse in Meiningen einzahlt. Vor der Abgabe des Gutachtens soll sich der Kläger dem Sachverständigen zu der von diesem bezeichneten Zeit zur Untersuchung vorstellen. Mit Rücksicht hierauf hat der Kläger beantragt, daß ihm die durch diese Reise entstehenden Fahrt- und Verpflegungskosten vorschußweise aus dem von der Beklagten als Beweisführerin zu erlegenden Auslagenvorschuß zur Verfügung gestellt würden. Das Landgericht hat dies mit der Begründung abgelehnt, daß nach den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung weder eine Verpflichtung der Staatskasse, noch eine solche der Prozeßparteien untereinander zur Leistung von Reisekostenvorschüssen bestehe.

Die hiergegen formgerecht eingelegte Beschwerde ist zulässig (§§ 567, 568, 569 ZPO.) und begründet.

Nach § 379 ZPO. kann das Gericht die Ladung eines Zeugen davon abhängig machen, daß der Beweisführer einen Vorschuß zur Deckung der Staatskasse wegen der durch die Vernehmung des Zeugen erwachsenden Auslagen hinterlegt. Nach § 402 ZPO. findet diese Vorschrift auf die Vernehmung von Sachverständigen entsprechende Anwendung (RGZ. 7, 390; SeuffArch. 44 Nr. 212). Für die Einnahme des richterlichen Augenscheins gilt die allgemeine Vorschrift des § 84 Abs. 1 GKG. Danach hat, wenn mit dem Augenschein bare Auslagen verbunden sind, der Beweisführer bei Stellung des Antrags einen zu ihrer Deckung hinreichenden Vorschuß zu leisten (§§ 79, 84, 1 GKG., siehe dazu Gaupp-Stein, ZPO. I zu § 371 S. 854; Bayer. Zeitschr. 1, 153, 199). Die Anwendung dieser Vorschriften führt hier dazu, daß dem Kläger der erbetene Reisekostenvorschuß gebührt. Nach dem Beweisbeschluß des Landgerichts kommt der Kläger als Beweis*objekt* in Frage, es soll von dem Sachverständigen an ihm der Augenschein eingenommen und auf Grund des Ergebnisses ein Gutachten über den Grad der Erwerbsfähigkeit des Klägers abgegeben werden. Daraus ergibt sich, daß die Kosten der Reise, die der Kläger zur Ermöglichung der Augenscheinseinnahme unternehmen muß, zu den Auslagen der Beweisaufnahme gehören, zu deren Deckung der dem Beweisführer obliegende Auslagenvorschuß bestimmt ist (§ 402 ZPO., § 84 GKG.). Den sonstigen Auslagen einer Partei, die ihr durch den Prozeßbetrieb entstehen — z. B. für anderweite Reisen, für Bereitstellung von Gegen-

Digitized by Google

ständen zur Augenscheinseinnahme (vergl. Gruchot 41, 166; aber auch SeuffArch. 54 Nr. 112) — können sie nicht gleichgestellt werden. Das Besondere und die verschiedene Behandlung Rechtfertigende ist, daß der Kläger hier Gegenstand der Beweisaufnahme, nicht nur am Beweisverfahren beteiligte Prozeßpartei ist, und daß daher die Kosten seiner Gestellung an den Ort und zum Zwecke der Beweisaufnahme zu den gerichtlichen Kosten (Auslagen) der Beweisaufnahme zu rechnen, nicht als reine Parteikosten anzusehen sind. Die praktische Richtigkeit dieser Ansicht springt ohne weiteres in die Augen, wenn man den Fall setzt, daß dem Sachverständigen aufgegeben worden wäre, den Kläger an dessen Wohnort zu untersuchen. Dann würde unzweifelhaft die dem Sachverständigen zukommende Reisekostenvergütung als Teil der Beweisaufnahmekosten erscheinen, derentwegen die beweisführende Partei vorschußpflichtig wäre (§§ 79 Ziff. 4, 84 GKG., §§ 402, 379, 413 ZPO.). Für diesen Fall würden sogar dem Beweisführer in der Regel höhere, durch Vorschuß zu deckende Beweisaufnahmekosten erwachsen. Es ist kein Grund ersichtlich, die beiden Fälle, in denen nur ein Unterschied in der äußeren Form der Beweiserhebung vorliegt, verschieden zu behandeln. Dazu kommt noch folgende Erwägung: Der Kläger ist nicht verpflichtet, sich, um der Gegenpartei den Beweis zu erleichtern, als Beweisobjekt benutzen zu lassen, am wenigsten auf eigene Kosten. Allerdings kann das Gericht aus der Weigerung einer Partei, sich als Augenscheinobjekt darzubieten, ihr ungünstige Schlüsse ziehen. Dies jedoch nur dann, wenn die Partei sich wegen der Auslagen gedeckt fühlen kann. Ihr durch Vorschießung der Auslagen eine zu der Augenscheinseinnahme erforderliche Reise zu ermöglichen, liegt daher ausschließlich im Interesse des Beweisführers. Der von diesem zu zahlende Auslagenvorschuß muß folgerichtig auch zur Deckung der Kosten einer solchen Reise dienen (RGZ. 63, 408 ff.; Gaupp-Stein, ZPO. I Nr. II zu § 115 S. 326; ZZP. 7, 98; siehe aber auch Dresdener Annalen 22, 376 ff.; SeuffArch. 56 Nr. 62).

Beschluß des 2. Zivilsenats vom 13. November 1908, 2 W 95/08 (nach Meiningen).

2. Strafrecht und Strafverfahren.

1. Zum Begriff der Beschäftigung bei öffentlichen Schaustellungen (§ 6 des Kinderschutzgesetzes).

In einem „Kinematographentheater" war ein Schulknabe damit beschäftigt worden, die Filmsrollen, durch deren Abdrehung die kine-

Digitized by Google

matographische Vorführung bewirkt wird, nach der Verwendung zurückzudrehen und so wieder gebrauchsfertig zu machen. Die Beschäftigung geschah in einem von dem Vorführungs- und Zuschauerraume abgetrennten besonderen Raume. Die Verurteilung des Unternehmers auf Grund des Kinderschutzgesetzes wurde vom OLG. gebilligt aus folgenden Gründen:

Die Verurteilung der Angeklagten wegen Vergehens gegen den § 6 des Kinderschutzgesetzes ist rechtlich einwandfrei begründet. Gänzlich grundlos sind die Ausführungen der Revision, die dahin gehen, daß kinematographische Vorführungen keine Schaustellungen im Sinne des Gesetzes seien. Die Beschränkung dieses Begriffs auf Veranstaltungen, die sich auf einer „Schaubühne" abspielen, und bei denen „Personen" auftreten oder zur Schau gestellt worden, ist vollkommen willkürlich. Sie entspricht weder dem Sprachgebrauch des Lebens noch dem der Gesetze und wird durch keinerlei innere Gründe gerechtfertigt. Vergl. Agahd und v. Schulz, Gesetz betr. Kinderarbeit, 3. Aufl. S. 109; Spangenberg, Kinderschutzgesetz Anm. 4 zu § 6; OVG. 43, 304.

Auch darin kann der Revision nicht beigetreten werden, daß die von der Strafkammer festgestellte Beschäftigung keine solche bei einer öffentlichen Schaustellung sei. Keinesfalls würde bei der allgemeinen Fassung des Gesetzes angenommen werden können, daß bloß das Auftreten von Kindern von ihm getroffen werden sollte. Und auch wenn man die Tendenz des von der Strafkammer angewandten § 6 nur in dem Schutz der Kinder gegen moralische Gefährdung finden und diese Tendenz für die Auslegung als allein maßgebend ansehen wollte, würde man doch nicht dazu gelangen können, den Begriff der Beschäftigung bei einer Schaustellung auf eine Mitwirkung als Darsteller und dergleichen zu beschränken, sondern nur eine solche Art der Mitwirkung ausschließen können, bei der jegliche Berührung mit den Vorgängen bei der Schaustellung unmöglich ist. Das ist aber hier nicht der Fall. Nach den Feststellungen der Strafkammer war die Beschäftigung des Schulknaben D. derart, daß sie ihn nur während eines kleinen Teils der Zeit, die er in den Räumen des Kinematographentheaters zuzubringen hatte, in Anspruch nahm, während er sich in der übrigen Zeit die Vorführungen ansah. Seine Tätigkeit war also nicht nur kausal für die Schaustellung, stand nicht nur mit den ihr gewidmeten Arbeiten in sachlichem, örtlichem und zeitlichem Zusammenhang, sondern brachte ihn auch in unmittelbare Be-

Digitized by Google

rührung mit den Wirkungen der Vorführungen und ihren etwaigen sittlichen Gefahren.

Darauf, ob solche oder überhaupt irgendwelche Gefahren für den beschäftigten Knaben in concreto bestanden, kommt selbstverständlich für die Erfüllung des Tatbestandes eines Polizeigesetzes, wie des vorliegenden, nichts an.

Urteil des Strafsenats vom 15. Februar 1909, S 10/09 (nach Gera).

2. Begriff des öffentlichen Weges. Grenzen des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Polizeiverordnungen, insbesondere nach der Richtung, ob eine solche wirklich zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf einem öffentlichen Wege usw. (§ 366 Z. 10 StGB.) erlassen ist. Befugnis des Landratsamts, nicht bloß das Radfahren, sondern auch das Führen von Fahrrädern auf einem bestimmten Wege zu verbieten, nach altenburgischem Recht.

Durch das Rittergut L. im Herzogtum Altenburg führt ein Weg, der auf Grund eines Vergleichs zwischen der Gemeinde und dem Rittergut L. für den Fußgängerverkehr und das Befahren mit Handwagen allgemein freigegeben ist. Auf Anregung der Gutsherrschaft hat das Landratsamt eine Verordnung erlassen, in der unter Hinweis auf § 366 Z. 10 StGB. verboten wird, den Weg mit Fahrrädern zu passieren, auch wenn sie geführt oder geschoben werden. Die Vorinstanzen hatten der Verordnung die Anerkennung versagt, weil sie lediglich im privaten Interesse der Gutsherrschaft erlassen sei. Das Oberlandesgericht hob die Entscheidungen auf aus folgenden Gründen:

Mit Unrecht haben die Vorinstanzen verneint, daß die Verordnung vom 8. August 1902 eine solche im Sinne des § 366 Ziff. 10 StGB. sei.

Wenn die Strafkammer den Fußweg, der durch das Rittergut L. führt, als einen „Privatweg" bezeichnet, „der aber dem öffentlichen Verkehr freigegeben ist", so würde das einen Widerspruch in sich bedeuten, wollte man annehmen, daß mit dem Worte „Privatweg" etwas anderes gesagt sein solle, als daß die Wegfläche in privatem Eigentum steht. Dieser Umstand ist aber mit der Oeffentlichkeit des Weges im Sinne des Verwaltungsrechts nicht unvereinbar. Für diese kommt es allein darauf an, daß der Weg dem gemeinen Ge-

Digitized by Google

brauch — nicht lediglich dem besonders berechtigter Personen — dienen soll und ihm nicht kraft Privatrechts entzogen werden kann (Meyer, Verwaltungsrecht §§ 160, 162; RGZ. 6, 207). Daß diese Voraussetzung vorliegt, ergibt sich aus dem im Jahre 1878 vor dem Landratsamt abgeschlossenen Vergleich zwischen Rittergut und Gemeinde L. und ist ersichtlich auch die Meinung der Strafkammer.

Der § 366 Ziff. 10 StGB. stellt unter Strafe die Uebertretung der zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen usw. erlassenen Polizeiverordnungen. Die landratsamtliche Verordnung vom 8. August 1902 nimmt auf diese Strafsanktion ausdrücklich Bezug. Dafür, daß die verordnende Behörde den § 366 Ziff. 10 StGB. mißverstanden und andere als die von ihm mit klaren Worten bezeichneten Zwecke als unter ihn fallend angesehen habe, liegt nichts vor. Die Verordnung proklamiert also durch ihre Bezugnahme selbst als ihren Zweck die Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit oder Ruhe auf dem öffentlichen Fußwege durch das Rittergut L. Gleichwohl erklären die Vorinstanzen, sie sei zu keinem der angegebenen, überhaupt zu keinem polizeilichen Zwecke, sondern lediglich um des privaten Interesses des Rittergutsbesitzers willen erlassen. Gewiß steht dem Richter ein Prüfungsrecht nach dieser Richtung zu. Nur muß er sich gegenwärtig halten, daß darüber, was zur Erreichung gewisser polizeilicher Zwecke erforderlich oder ausreichend ist, die Ansichten weit auseinander gehen können, daß er deshalb eine Polizeiverordnung nicht aus dem Grunde beiseite setzen darf, weil sie nach seiner Ansicht zur Erreichung der Zwecke nicht geeignet ist. Hierzu ist vielmehr erforderlich, daß die Motive der Verordnung offensichtlich anderer als polizeilicher Natur sind, daß die Verordnung auf Willkürlichkeit, Pflichtwidrigkeit oder Schikane beruht daß sie das Gemeininteresse nur als Vorwand zur Befriedigung eines anderen Bedürfnisses benutzt (Olshausen-Zweigert, § 366 Nr. 1e, Thür. Bl. 48, 257). Geht man hiervon aus, so erhellt ohne weiteres, daß man die von dem Schöffengericht daraus, daß bloß das Schieben von Fahrrädern und nicht auch der Verkehr mit Handwagen auf dem Fußwege verboten worden ist, gezogenen Schlüsse nicht ziehen darf. Sicherlich läßt sich mit Grund bezweifeln, daß derjenige, der auf einem Fußwege ein Fahrrad schiebt, die übrigen Passanten und die Sicherheit usw. des Wegs überhaupt mehr belästigt und beeinträchtigt, als derjenige, der einen Handwagen zieht. Allein diese Erwägung begründet nicht entfernt die Schlußfolgerung, daß die Behörde mit ihrer Verordnung den Schutz des Verkehrs auf dem Wege überhaupt nicht

Digitized by Google

bezwecke. Sie erschöpft nicht einmal die möglichen polizeilichen, speziell verkehrspolizeilichen Motive, die dazu führen können, den Verkehr mit Fahrrädern, auch wenn sie geschoben werden, zu verbieten, den Verkehr mit Handwagen aber nicht.

Aber auch der von beiden Vorinstanzen betonte Umstand, daß die Polizeiverordnung von dem Besitzer des Ritterguts L. angeregt worden ist, und daß das Landratsamt die Anbringung von Warnungstafeln — nicht etwa die maßgebende Publikation der Verordnung in den öffentlichen Blättern — von der Uebernahme der Kosten durch den Besitzer des Ritterguts abhängig gemacht hat, ist nicht geeignet die Annahme zu begründen, daß das Landratsamt die Verordnung lediglich im Privatinteresse der Gutsherrschaft erlassen habe. Der äußere Anstoß und die inneren Beweggründe eines polizeilichen Einschreitens sind wohl zu unterscheiden. Es ist nicht ohne weiteres angängig, mit Rücksicht auf jenen einer Polizeibehörde denjenigen Beweggrund zu bestreiten, auf den sie selbst sich beruft. Davon, daß das verkehrspolizeiliche Interesse für das vorliegende Verbot etwa überhaupt nicht in Frage kommen könne, kann selbstverständlich nicht die Rede sein. Was insbesondere die Kosten der Warnungstafeln anbetrifft, so ist zu berücksichtigen, daß in der Wirklichkeit die begrifflichen Gegensätze des öffentlichen und des Privatinteresses einander oft genug berühren, und daß die Träger des letzteren in derartigen Fällen häufig von der Verwaltungspraxis zur Uebernahme von Kosten herangezogen werden, die dem öffentlichen Interesse zugute kommen.

Die Befugnis des Landratsamts zum Erlaß der Verordnung kann nicht mit der Revision durch den Hinweis auf die §§ 13 und 17 der altenburgischen Ministerialverordnung, betreffend den Radfahrverkehr, vom 14. Dezember 1907, begründet werden.

Der § 13, der ortspolizeiliche Vorschriften und besondere polizeiliche Anordnungen zuläßt, durch die das Fahren mit Fahrrädern auf bestimmten Wegen, Plätzen usw. verboten oder beschränkt wird, hat es so wenig wie die übrigen Paragraphen der Verordnung mit dem Führen oder Schieben der Fahrräder zu tun. Fiele dieses, was der Sprachgebrauch und der Zweck der Verordnung anzunehmen verbieten (vergl. KGEntsch. vom 30. November 1908 im „Recht" 1909, 119), unter das „Fahren mit Fahrrädern", so wäre die Handlungsweise der Angeklagten ohne weiteres auf Grund des § 12 der Verordnung verboten, wonach das Radfahren, abgesehen von den ausschließlich dem Radfahrerverkehr vorbehaltenen Wegen, nur auf den für den allgemeinen Fuhrverkehr bestimmten Wegen und Plätzen und

Digitized by Google

außerhalb geschlossener Ortschaften auch auf nicht erhöhten Banketten neben den Fuhrwegen gestattet ist. Denn der Weg durch das Rittergut L. fällt unter keine dieser Wegegattungen, weil er ein Fußweg und darüber hinaus nur für den Verkehr mit Handwagen freigegeben ist. Dann hätte es überhaupt der landratsamtlichen Verordnung vom 8. August 1902 nicht bedurft, denn damals galt auf Grund einer Ministerialverordnung vom 30. Januar 1888 allgemein, daß mit Velozipeden nur auf Fuhrwegen gefahren werden durfte.

Die Befugnis des Landratsamts zum Erlaß der Verordnung vom 8. August 1902 bedarf aber, wie die Strafkammer zutreffend ausgeführt hat, überhaupt keiner speziellen Begründung. Sie ergibt sich ohne weiteres aus der Stellung des Landratsamts als Polizei-, insbesondere Wegepolizeibehörde.

Daß aber nicht etwa aus dem erwähnten § 13 der Ministerialverordnung vom 14. Dezember 1907 mittels des Schlusses vom Gegenteil eine Beschränkung der Verordnungsbefugnis der dem Ministerium nachgeordneten Polizeibehörden auf das „Fahren mit Fahrrädern" gefolgert werden kann, ergibt sich eben daraus, daß die Ministerialverordnung, wie schon bemerkt, auf das Führen oder Schieben von Fahrrädern das Absehen überhaupt nicht hat.

Urteil des Strafsenats vom 1. Februar 1909, S 7/09 (nach Altenburg).

3. Wohnsitz im Sinne des Einkommensteuergesetzes des Großherzogtums Sachsen. § 85 des Einkommensteuergesetzes ist ein Formaldelikt.

Das Landgericht hat den Angeklagten von der Anklage, 80 M. 40 Pfg. Einkommensteuer des Großherzogtums für das Jahr 1907 hinterzogen zu haben, freigesprochen, weil er nicht nach § 4 Ziff. 2a des Einkommensteuergesetzes vom 2. Juni 1897 im Großherzogtum steuerpflichtig gewesen sei: preußischer Staatsangehöriger sei er nicht ohne Wohnsitz in Preußen gewesen, er habe ihn vielmehr bei seinen Eltern in Geisenheim behalten und es treffe auch nicht zu, daß er ohne Wohnsitz im Deutschen Reiche sei und deshalb der Aufenthalt im Großherzogtum ihn dessen Besteuerung unterwerfe.

Das Landgericht beurteilt die Frage, wo der Wohnsitz des Angeklagten sei, nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Nur wegen des dienstlichen Wohnsitzes bezieht es sich auf das Reichsgesetz wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung vom 13. Mai 1870. Es ist aber auch die Frage des allgemeinen Wohnsitzes nach diesem Ge-

Digitized by Google

setze zu beurteilen. Indem das Landgericht dies nicht tut, verletzt es das Gesetz. Das Doppelbesteuerungsgesetz gibt in § 1 Abs. 2 eine besondere Bestimmung des Begriffs Wohnsitz: er ist da, wo jemand eine Wohnung unter Umständen inne hat, die auf die Absicht der dauernden Beibehaltung einer solchen schließen lassen. Auf diese Begriffsbestimmung verweist das Weimarische Einkommensteuergesetz ausdrücklich in dem für die Entscheidung grundlegenden § 4, und zwar bei der ersten Erwähnung des Wohnsitzes in Ziff. 1a: Dort sind als befreit von der Steuerpflicht im Großherzogtum die Staatsangehörigen aufgeführt, die ohne Wohnsitz im Großherzogtum in einem anderen Bundesstaate wohnen oder sich aufhalten. Bei der wiederholten Erwähnung des Wohnsitzes in der Ziff. 2a, die das Gegenstück bildet zu der Ziff. 1a, bedurfte es nicht der nochmaligen Verweisung, diese ergibt sich aus den Beziehungen beider Ziffern, und das Landgericht hätte auch bei Anwendung der Ziff. 2a die Verweisung aus Ziff. 1a benutzen müssen. Daß in den Ziff. 1b und 2b, die in derselben Beziehung zueinander stehen wie die Ziff. 1a und 2a, zu dem dienstlichen Wohnsitz beide Male die Verweisung hinzugefügt ist, ist überflüssig, hat keine innere Bedeutung und bringt auf jeden Fall keinen sachlichen Gegensatz zum Ausdruck. Aber auch ohne die besondere Beifügung der Verweisung auf § 1 Abs. 2 des Doppelbesteuerungsgesetzes würde das Wort Wohnsitz in § 4 des Einkommensteuergesetzes nur in dem dort festgestellten Sinne zu nehmen sein; denn das Doppelbesteuerungsgesetz ist die Grundlage, von der das Landesgesetz ausgeht und das es anwendet, wenn es nach dem Wohnsitz die Steuerpflicht bestimmt.

Daß der Angeklagte bei seinen Eltern in Geisenheim eine Wohnung gehabt habe, hat das Landgericht nicht feststellen wollen; wenn es sagt, er habe dort Wohnsitz gehabt, so hat es damit nur einen Rechtsbegriff gebraucht. Als Tatsache nimmt es hin, daß der Angeklagte bei seinen Eltern eine Wohnung, einen für ihn zum Wohnen eingerichteten besonderen Raum nicht gehabt hat. Er war Anfang des Jahres 1907 23¾ Jahr alt, war in Jena zwar seit dem April 1906 Student, war aber auch Assistent am botanischen Institute, erhielt als solcher 600 M. jährliches Gehalt und freie Dienstwohnung, hatte auch ein Zinseinkommen von 2433 M. Diese Tatsachen sind nach der Vorschrift des Doppelbesteuerungsgesetzes daraufhin zu prüfen, ob er bei seinen Eltern keinen Wohnsitz mehr hatte, und wenn dies zutrifft, ob er in Jena Wohnsitz oder Aufenthalt hatte. Der Schwerpunkt liegt darin, ob man die erste Frage verneinen muß. Daß die

Digitized by Google

zweite dann zu bejahen ist, ist selbstverständlich. Der Angeklagte hatte in Jena eine Wohnung kraft seines Dienstverhältnisses als eigener Herr mit der Absicht, sie für eine gewisse Dauer beizubehalten, inne, mindestens hatte er da seinen Aufenthalt.

Da das Doppelbesteuerungsgesetz für sich die Materie des Wohnsitzes regelt, kommen die Merkmale, die das BGB. für die Begründung und Aufgabe aufstellt, nicht zur Anwendung. Auf diesem Standpunkt steht die Rechtsprechung, z. B. die des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, und die Literatur. Die Bestimmung des § 11 des BGB., daß ein eheliches Kind den Wohnsitz des Vaters teilt und ihn behält, bis es ihn rechtsgültig aufgibt, gilt also nicht als solche ohne weiteres für den steuerlichen Wohnsitzbegriff. Allein es sind derartige Folgerungen für diesen nicht unbedingt auszuschließen und es ist nicht aller Nachdruck auf die äußeren Beziehungen des Wohnens zu legen. Die Umstände bei dem Innehaben der Wohnung müssen auf die Absicht der dauernden Beibehaltung einer solchen schließen lassen. Diese Absicht des Inhabers kann Berücksichtigung nur dann finden, wenn sie rechtliche Wirkung haben kann. Ist der tatsächliche Inhaber einer Wohnung minderjährig, so entscheidet nicht sein Wille, sondern der seines Vaters oder sonstigen gesetzlichen Vertreters. Gibt ein Vater sein Kind zur Ausbildung aus seiner Wohnung an einen anderen Ort weg, so braucht er noch nicht die Absicht aufzugeben, die elterliche Wohnung für es beizubehalten; gibt er es auf ein Jahr zur Erziehung oder zum Vergnügen auswärts, damit es dann zurückkehrt, so wird die Aufgabe nicht in seinem Sinne liegen. Auch sonst kann es seiner Absicht entsprechen, daß das Kind dann, wenn er will und so oft er will, auch dauernd, zurückkehre. Andererseits kann er mit der Weggabe die Beziehungen so lösen, daß es nicht wieder zurückkehre, sondern sich zu immer wachsender Selbständigkeit loslöse und nur noch besuchsweise in die Familienwohnung komme. Die Verhältnisse entscheiden. Inwiefern volljährige Studierende, die wirtschaftlich vollständig vom Vater abhängen, denen dieser das Geld gibt, monatweise in Universitätsstädten zu wohnen, die Absicht haben, die väterliche Wohnung beizubehalten, oder nicht, sich vielmehr von ihr loszulösen, dauernd zu trennen, braucht hier nicht untersucht zu werden. Der Angeklagte war ziemlich 24 Jahre alt, er ging selbständig einen Dienstvertrag als Assistent ein, hatte als solcher Gehalt und Dienstwohnung, besaß selbständig Vermögen, unter diesen Umständen ist anzunehmen, daß er die elterliche Familienwohnung nicht noch dauernd beibehalten wollte. Hiernach hatte er in Preußen

Digitized by Google

keinen Wohnsitz im Sinne des Doppelbesteuerungsgesetzes. Da er dagegen im Großherzogtum Wohnsitz und Aufenthalt hatte, war er da steuerpflichtig. Er hatte für das Jahr 1907 sein Zinseinkommen von 2433 M. zur Versteuerung in Jena anzumelden. Dadurch, daß er das unterlassen hat, hat er sich nach § 85 des Einkommensteuergesetzes strafbar gemacht. Die Strafbarkeit tritt ein schon mit der Tatsache der Unterlassung; gleichgültig ist, ob er gewußt hat, daß er zur Anmeldung verpflichtet war, oder ob er es aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht gewußt hat. § 85 schafft ein Formaldelikt. In § 88 ist allerdings Wissentlichkeit gefordert, damit falsche Erklärungen über schätzungspflichtiges Einkommen bestraft werden können. Das ist mit allen Bestimmungen über die Steuererklärungen überhaupt eine spätere Einschiebung in das Gesetz, das darauf aufgebaut war, daß bei Ermittelung des Einkommens der Steuerpflichtige nur durch das Bekenntnis seines Einkommens an Zinsen, Gehältern aus öffentlichen Kassen und Renten mitzuwirken habe. Diese Verpflichtung war unter die strenge Strafdrohung des § 85 gestellt. Sie ist durch Einführung der milderen bei Steuererklärungen nicht beseitigt. Die ungleiche Behandlung bei Steuerhinterziehungen widerspricht wohl auch nicht den Zwecken des Gesetzes, sie ist ein Bestandteil der vom Gesetzgeber beibehaltenen Tendenz des ursprünglichen Gesetzes, das fundierte Einkommen schärfer heranzuziehen, als das andere. Der Angeklagte mußte also, ohne daß es weiterer Erörterungen bedurfte, bestraft werden. Da das Landgericht über die vom Schöffengericht ausgesprochene geringste Strafe nicht hätte hinausgehen können, war, ohne daß die Sache zurückzuverweisen war, auf diese dem Antrage der Staatsanwaltschaft entsprechend zu erkennen (§ 394 Abs. 1 der StPO.).

Urteil des Strafsenats vom 17. Dezember 1908, S 82/08 (nach Weimar).

4. Gebühr nach § 65 RAGebO.

Der Angeklagte bemängelt zu Unrecht, daß das Landgericht dem Anwalte des Privatklägers in der Berufungsinstanz die Erhöhung der Gebühr um 6 M. für die Beweisaufnahme nach § 65 RAGebO. zugelassen hat.

Nach § 65 GebO. ist für die Erhöhung der Gebühr entscheidend, ob in der Berufungsinstanz eine Beweisaufnahme stattgefunden hat.

Ob dies geschehen ist, ist nach der StPO. zu beurteilen. § 365 Abs. 2 StPO. sieht neben dem Vortrage des Berichterstatters eine

Digitized by Google

Beweisaufnahme vor. § 366 StPO. läßt bei der Beweisaufnahme statt der Vernehmung der in erster Instanz gehörten Zeugen die Verlesung der Protokolle über ihre Aussagen zu.

Die Berufungsverhandlung kennt also eine Beweisaufnahme durch Vernehmung von Zeugen und eine solche durch Verlesung ihrer Aussagen.

Eine solche Beweisaufnahme wird nicht immer stattfinden müssen, aber doch dann unerläßlich sein, wenn es sich um die Schuldfrage handelt (siehe Löwe-Hellweg StPO. § 364 Nr. 3).

Nicht sowohl für die „Berücksichtigung des Resultats der Beweisaufnahme" (Entsch. des OLG. Jena in ThürBl. 38, 275), als vielmehr für die Vertretung während der (unmittelbaren oder durch die Protokolle ermittelten) Beweisaufnahme wird die Erhöhung der Gebühr gewährt.

Die Entscheidung in den ThürBl. 41, 166 geht fehl. Es ist unerheblich, ob der Angeklagte vor Verlesung der Aussagen gehört worden ist, und ob etwa der Vorsitzende aus besonderen Gründen zunächst von einer Vernehmung des Angeklagten abgesehen hat. (Löwe-Hellweg § 242 Nr. 1.) Der Zeitpunkt, den der Vorsitzende bei der Leitung der Verhandlung für die Verlesung bestimmt, ändert nichts daran, daß die Verlesung Beweisaufnahme ist.

Beschluß des Strafsenats vom 14. Januar 1909, W 6/09 (nach Weimar).

5. Sicherstellung der Posteingänge bei Gericht an dienstfreien Werktagen. — Unkenntnis von dem vorzeitigen Schluß der Bureaustunden als Wiedereinsetzungsgrund.

Das Wiedereinsetzungsgesuch des Verurteilten ist gerechtfertigt.

Die Beschwerdefrist lief Sonnabend den 17. Oktober 1908 ab. Nach der vom Staatsministerium zu Gotha erlassenen Geschäftsordnung für die Gerichtsschreibereien der Amtsgerichte währt die Geschäftszeit an Sonnabenden von 8—1 Uhr, so daß der Nachmittag dienstfrei ist. Bis zum Schluß der Dienststunden ist die Beschwerdeschrift vom 16. Oktober 1908 nicht bei Gericht eingegangen, denn verhielte es sich anders, so wäre das Schriftstück mit dem betreffenden Eingangsvermerk versehen worden. Es trägt den Eingangsvermerk vom 19. Oktober. Es würde aber, wenn glaubhaft wäre, daß die Sendung am 16. in Berlin zur Post gegeben wäre, anzunehmen sein, daß sie bei Gericht mit der regelmäßigen Briefbestellung am

Digitized by Google

Sonnabend Nachmittag eingegangen wäre. Dies könnte nur vielleicht aus dem einen Grunde zweifelhaft sein, weil beim Amtsgericht Tenneberg die Einrichtung besteht, daß ein Diener die Nachmittagspost an Sonnabenden zwischen 7 und 8 Uhr abends abholt und daß die eingegangenen Postsachen am Sonntag geöffnet und präsentiert werden. Denn der vorliegende Eingang trägt das Sonntagspräsentatum nicht. Indessen ist dieser Sonntagsdienst schwerlich so sichergestellt, daß auf seine regelmäßige Einhaltung ohne Bedenken gebaut werden könnte. Es spitzt sich deshalb die Entscheidung auf die Frage zu, ob glaubhaft ist, daß S., wie er versichert, den Brief am 16. in Berlin zur Post gegeben hat. Da der Brief nicht eingeschrieben war, da dem Absender Zeugen, die den Einwurf in den Postkasten bewirkt oder gesehen haben, nicht zur Verfügung stehen, kommt für ihn als Mittel der Glaubhaftmachung außer der eigenen Versicherung nur die Bezugnahme auf das Datum des Schriftstücks und auf den Postabgangsstempel in Betracht. Mehr kann von ihm nach Lage der Sache nicht gefordert werden. Daß er liquide Beweismittel benenne, wie es im Zivilprozeß vorgeschrieben ist, ist nicht zu verlangen. Die eidesstattliche Versicherung S.s ist ausgeschlossen. Sache des Gerichts ist es, zu entscheiden, ob es nach allem, was ihm vorliegt, als wahrscheinlich erachtet, daß die Sache sich so verhält, wie S. sagt. Bei dieser Prüfung bleibt nichts anderes übrig, als der Versicherung des Beschwerdeführers Glauben zu schenken, nachdem es durch ein unsachgemäßes Verfahren eines Gerichtsschreiberanwärters unmöglich geworden ist, das Datum der Postaufgabe in Berlin aus dem Briefumschlag festzustellen. Wollte man anders vorgehen, würde man S. zu nahe treten. Der Anwärter hat den Briefumschlag nicht zu den Akten gebracht. Auch wenn im Herzogtum Gotha die Aufbewahrung dieser Umschläge in Fristsachen allgemein nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, so muß der Gerichtsbeamte doch im einzelnen Fall, wenn es die Sachlage gebietet, den Umschlag aufbewahren. Ein solcher Fall lag vor. Der Gerichtsschreiberanwärter erkannte, daß es sich um eine Fristsache handelte. Ein Blick in die Akten und auf den Poststempel hätten ihm sagen müssen, daß die Urkunde, sei es zur Darlegung, sei es zur Widerlegung der Schuld, an der Verspätung erheblich sei. Er durfte sie nicht als wertlos beiseite legen und so dem Antragsteller den urkundlichen Beweis für den Zeitpunkt der Briefaufgabe entziehen.

Freilich würde das Schriftstück auch verspätet eingegangen sein, wenn es an einem Sonnabend nach Schluß der Dienstzeit im Ge-

Digitized by Google

richtsgebäude abgegeben wäre. Der Einwurf in den Briefkasten, die Empfangnahme durch den Diener bewirken anerkanntermaßen nicht den Eingang bei Gericht. Hier kommt aber dem Beschwerdeführer zu statten, daß er, ohne daß man ihm hieraus einen Vorwurf machen kann, nicht gewußt hat, es würden die Gerichte im Herzogtum Gotha am Sonnabend Nachmittag keine Dienststunden haben, so daß die Sendungen, die bei regelmäßiger Briefbestellung am Nachmittag zugetragen werden (vergl. RG. 31, 19) nicht mehr zur amtlichen Kenntnis des Gerichts kommen. Hierin ist ein unabwendbarer Zufall im Sinne des § 44 StrPO. zu erblicken. Dieser Auffassung steht die Entscheidung des RG. 10, 74 nicht entgegen. Dort handelte es sich um die irrtümliche Annahme einer Einrichtung, auf die der Angeklagte nicht rechnen durfte, hier um die Unkenntnis einer Ausnahmeeinrichtung, von deren Existenz der entfernt Wohnende nichts wissen kann. S. durfte annehmen, daß ein am 16. Oktober in Berlin zur Post gegebener Brief dem Amtsgericht Tenneberg am nächsten Tage zugehen werde. Daß dies infolge der im Gothaischen für die Sonnabende bestehenden Dienstzeit nicht der Fall gewesen ist, ist ein Zufall, der ihm nicht als Schuld zuzurechnen ist. Der form- und fristgerecht gestellte Wiedereinsetzungsantrag ist deshalb begründet.

Beschluß des Strafsenates vom 7. Januar 1909, W 225/08 (nach Gotha).

6. Beleidigender Zeitungsartikel. Bestrafung nach § 185 oder 186 StGB.? Grundsätzliches zur Anwendung des § 193 StGB. Form und begleitende Umstände.

Die Vorwürfe, die in dem unter Anklage stehenden Artikel nach den Feststellungen des Berufungsrichters gegen den Privatkläger erhoben werden, beziehen sich mindestens zum Teil auf konkrete Handlungen. Eine Handlung erschöpft sich nicht in dem äußeren Geschehen, die Beweggründe und Zwecke des Handelnden gehören zu ihr. Ja, regelmäßig sind sie es gerade, die die Handlung je nachdem als eine für die Ehre des Handelnden förderliche oder indifferente oder als eine Tatsache erscheinen lassen, die den Handelnden „verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist" (§ 186 StGB.). Bei dem in diesem Paragraphen zugelassenen Wahrheitsbeweise kann es sich immer nur um das Ganze der Handlung, ihre äußere und innere Seite handeln. Gelingt der Wahrheitsbeweis nach beiden Richtungen, so ist der Tatbestand des § 186 StGB.

Digitized by Google

nicht gegeben. In diesem Falle kann in Frage kommen, ob nicht gleichwohl eine Beleidigungsstrafe auf Grund des § 185 verwirkt ist (§ 192 StGB.). Mißlingt der Wahrheitsbeweis aber auch nur in einer der beiden Richtungen, so liegt das Vergehen nach § 186 und nur dieses vor (RGSt. 41 S. 65, 286). Diese Rechtsgrundsätze kann sich das Berufungsgericht nicht klar gemacht haben. Denn es stellt fest, daß dem Privatkläger nachgesagt werde, er bevorzuge aus bloßer Abneigung gegen die gewerkschaftliche Organisation in seiner Fabrik grundsätzlich bei der Verteilung der Arbeit und im Falle notwendiger Arbeiterentlassungen die nichtorganisierten Arbeiter, er bringe aus Rachsucht und leichten Herzens Arbeiter, die bei anderen Arbeitgebern Stellung gefunden haben, um diese Stellung, er heuchele Arbeiterfreundlichkeit und Frömmigkeit, er habe eine Weihnachtsverlosung für seine Arbeiter eingerichtet mit dem Zwecke, diesen Sand in die Augen zu streuen, er hege gegen die der sozialdemokratischen Partei oder dem Metallarbeiterverband angehörenden Arbeiter Verachtung und belege sie mit Ausdrücken der Geringschätzung. Das Berufungsgericht bezeichnet auch diese Behauptungen als ehrenkränkend und stellt das Bewußtsein von diesem ihrem Charakter beim Angeklagten fest. Es gelangt endlich bei Würdigung des erhobenen Beweises zu dem Ergebnis, daß die Behauptungen zum Teil widerlegt, zum Teil nicht erweislich wahr seien, und daß die in dem Artikel kritisierten Vorgänge zum Teil eine Aufklärung gefunden hätten, die diese Kritik als unberechtigt erscheinen ließen. Trotzdem bestraft es den Angeklagten nicht nach § 186, sondern nach § 185 StGB. Es verletzt also den § 186 StGB. durch Nichtanwendung und den § 185 durch unrichtige Anwendung. Ein Fall wie der der Entscheidung des Reichsgerichts vom 2. Mai 1902 (RGSt. 35, 231) zugrunde liegende ist der vorliegende nicht. Allerdings handelte es sich auch dort um gewisse tatsächliche Vorgänge, aber diese, in barbarischen Akten einzelner Soldaten bestehenden Geschehnisse bildeten nach der Feststellung des Tatrichters nicht den Gegenstand der beleidigenden Vorwürfe. Die Vorwürfe waren vielmehr gegen das deutsche Expeditionskorps im ganzen gerichtet und bestanden in einer allgemeinen abfälligen Beurteilung dieses Ganzen. Etwas ähnliches hat der Berufungsrichter nicht festgestellt und konnte er nicht feststellen.

Immerhin würde dieser Mangel des angefochtenen Urteils nicht zu seiner Aufhebung führen müssen. Denn es beschwert den Revidenten nicht, daß auf seine Tat nicht der § 186 StGB. angewendet

Digitized by Google

worden ist, auch nicht, daß auf sie der § 185 statt des § 186 angewendet worden ist.

Da aber die Aufhebung und erneute Sachverhandlung aus anderen Gründen geboten ist, so wird der Berufungsrichter bei dieser die eingangs hervorgehobenen Rechtsgrundsätze zu beachten haben. Dabei kann in Frage kommen, ob etwa der Artikel neben dem bezeichneten tatsächlichen und konkreten Inhalt selbständige Kundgebungen ehrenkränkenden Charakters ohne solchen Inhalt umfaßt, die dann allerdings den Tatbestand des § 186 StGB. erfüllen könnten. Das würde aber insoweit jedenfalls nicht der Fall sein, als die betreffenden Aeußerungen nur einen Teil der Begründung eines ehrenkränkenden Vorwurfs tatsächlichen und konkreten Inhalts bilden. Bei solcher Sachlage würden sie in dem letzteren Vorwurf aufgehen (RGSt. 41, 286).

Aufgehoben werden muß das Urteil wegen Verletzung des § 193 StGB. Der Berufungsrichter hält den Angeklagten als Redakteur des Zeitungsorgans des Metallarbeiterverbandes für legitimiert, gegen eine ungerechte und unbillige Behandlung der diesem Verband angehörenden Arbeiter durch den Privatkläger auch in einer dessen Ehre verletzenden Weise in seiner Zeitung anzukämpfen. Die Auffassung ist dem Angeklagten günstig und rechtlich nicht zu beanstanden. Sie verstößt nicht gegen die in der Rechtsprechung seit langem zur Anerkennung gelangte Anschauung über die Grenzen des Rechts der Presse zur Besprechung von Mißständen (RGSt. 25, 363; 39, 399).

Geht man aber hiervon aus, so ist das Urteil nicht haltbar. Es bedient sich für die Versagung des Schutzes des § 193 StGB. einer zweifachen Begründung. Es sagt einmal, eine Wahrnehmung „verletzter" Interessen sei nicht geboten gewesen. Könnte man diesen Satz dahin verstehen, daß vom Standpunkt des Angeklagten aus eine Wahrnehmung „verletzter Interessen" nicht geboten gewesen sei und daraus geschlossen werde, der Angeklagte habe berechtigte Interessen nicht wahrnehmen wollen, so könnte er rechtlich bestehen. Allein der Zusammenhang macht es mindestens äußerst zweifelhaft, ob die Strafkammer das gemeint hat. Denn sie begründet den Satz damit, daß Mißstände in der Fabrik nicht vorhanden gewesen seien. Hiermit stellt sie sich rein auf den objektiven Standpunkt. War aber der Angeklagte der Auffassung, daß doch Mißstände vorlägen, sei es, daß er sich über die Tatsachen irrte, sei es, daß er die Tatsachen objektiv unrichtig beurteilte, so muß ihm sein Irrtum zugute kommen. Nur wenn er den Begriff des berechtigten Interesses verkannt hätte,

Digitized by Google

könnte ihm dieser Strafrechtsirrtum nichts nützen (Frank, StGB. § 193 Bem. III, 2c). Nach dieser Richtung läßt das Urteil eine Prüfung vermissen und begründet dadurch den Verdacht, daß das Berufungsgericht rechtsirrig angenommen habe, es würde nicht genügen, wenn der Angeklagte nur vermeintliche Interessen hätte wahrnehmen wollen.

Nun stellt sich allerdings die Strafkammer in zweiter Linie auf den Standpunkt, daß der Angeklagte zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt habe, nimmt aber dann an, daß das Vorhandensein der Beleidigung aus der Form der Aeußerungen und auch aus den Umständen hervorgehe, unter welchen sie geschehen seien. Allein hierbei ist eine Verkennung der Rechtsbegriffe „Form" und „begleitende Umstände" ersichtlich. Ohne eine Form ist eine beleidigende Aeußerung überhaupt nicht denkbar. Bei einer schriftlichen Beleidigung kann daher die Form, die im Falle des § 193 StGB. eine trotz ihres Inhalts an sich straflose Auslassung zu einer strafbaren machen soll, nur bedeuten, daß die gewählten Worte einzeln oder in ihrer Zusammenstellung oder in ihrer äußeren Erscheinung zur Aeußerung des erlaubten Gedankeninhalts nicht erforderlich sind. Erst dann kann, muß aber nicht, aus den gebrauchten Ausdrücken auf die Beleidigungsabsicht geschlossen werden (RGSt. 40, 318). Die Strafkammer begnügt sich damit, einzelne Ausdrücke, wie „Rache ist süß", „wohlorganisierte Polizei", „ingeniöse Idee", „ist die Idee nicht großartig", „Gewaltpolitik", „rauhe Faust" herauszugreifen. Außerdem rügt sie „den durch den ganzen Artikel sich hinziehenden hämischen Ton" und die „offenbar ironisierende fortgesetzte Anrede: Herr A..bach". Sie legt aber nicht dar, inwiefern der Angeklagte mit diesen Ausdrücken über den rein sachlichen Inhalt dessen, was er zur Wahrnehmung berechtigter Interessen sagen wollte und durfte, hinausgegangen sei, inwiefern das „Hämische" des Artikels im Ton im Gegensatz zum Inhalt liege, und wieso die fortgesetzte Anrede „Herr A..bach", die sie als „ironisch" bezeichnet, auf eine Beleidigungsabsicht hinweise. Daß das letztere sich von selbst verstehe, kann unmöglich behauptet werden. Was aber die begleitenden Umstände betrifft, aus denen nach § 193 StGB. die Beleidigung noch entnommen werden darf, so handelt es sich dabei darum, daß eine Aeußerung dadurch, daß sie — nicht etwa überhaupt — sondern gerade zu dieser Zeit oder gerade an diesem Orte oder gerade unter irgendwelchen besonderen Verhältnissen gemacht worden ist, eine Verschärfung erfährt, die den Schluß auf die mitvorliegende Beleidigungsabsicht rechtfertigt

Digitized by Google

(RGSt. 34, 80). Hiervon ist bei dem, was die Strafkammer zu dem Punkt der begleitenden Umstände anführt, keine Rede. Von vornherein auszuscheiden hat das Motiv der durch eine frühere Bestrafung wegen Beleidigung des Privatklägers hervorgerufenen persönlichen Erbitterung. Das Motiv ist der Tat innewohnend, kein begleitender Umstand der Tat. Ist übrigens eine Aeußerung einmal zum Zwecke der Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht, so kann ihre Strafloſigkeit nicht dadurch wieder beseitigt werden, daß die Interessenwahrnehmung auch noch durch andere Motive veranlaßt ist (RGSt. 20, 100). Wenn aber die Strafkammer außerdem noch darauf hinweist, daß der Angeklagte den Privatkläger allein herausgegriffen habe, obgleich andere Industrielle in vielen Punkten nicht anders handelten als er, und daß kein Grund ersichtlich sei, weshalb der Angeklagte gerade zu dieser Zeit eine so große Anzahl verschiedenartiger persönlicher Vorwürfe gegen den Privatkläger zusammentrage, so sind das Umstände, die vielleicht für die Annahme verwertet werden können, daß der Angeklagte nicht habe berechtigte Interessen wahrnehmen, sondern beleidigen wollen, keinesfalls aber solche, durch die der beleidigende Charakter des Artikels eine Verschärfung erfährt, und deshalb der an sich dem Angeklagten zukommende Schutz des § 193 StGB. diesem wieder entzogen werden kann.

Vermag hiernach die Begründung des angefochtenen Urteils die Versagung des Schutzes des § 193 StGB. nicht zu tragen, so wird die Strafkammer bei der notwendigen weiteren Verhandlung die Umstände des Falles vor allen Dingen darauf zu prüfen haben, ob es dem Angeklagten mit der Veröffentlichung des Artikels überhaupt und den darin enthaltenen Aeußerungen im einzelnen darum zu tun war, von dem ihm in Beziehung auf die Verhältnisse im Fabrikbetriebe des Privatklägers zustehenden Interessenwahrnehmungsrechte Gebrauch zu machen, welches im einzelnen die verfolgten Interessen waren, und ob diese Interessen zu den schutzwürdigen im Sinne des § 193 StGB. gehören. In allen diesen Beziehungen fehlt es an den erforderlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil. Insbesondere ist damit noch kaum etwas gesagt, daß der Angeklagte das Recht habe, gegen eine gewisse Handlungsweise des Privatklägers „anzukämpfen". Mit diesem „Ankämpfen" ist eine bestimmte, für die Beurteilung der Sache unter dem Gesichtspunkte des § 193 verwertbare Vorstellung überhaupt nicht zu verbinden. Die Frage ist: Welche positiven Ziele behauptet der Angeklagte mit seinem Vorgehen erreichen zu wollen? Ist ihm zu glauben, daß es sich ihm um diese Ziele wirklich handelt? Ist ihre

Digitized by Google

Verfolgung schutzwürdig oder ist sie es, wie etwa die bloße Herabsetzung von Wohlfahrtseinrichtungen der Fabrik in den Augen der Arbeiter, Erregung von Groll gegen den Privatkläger bei seinen Arbeitern oder einem Teil von ihnen und anderes dergleichen, nicht? Erst auf der Grundlage einer derartigen konkret gehaltenen Untersuchung läßt sich beurteilen, ob und inwieweit der Inhalt des Artikels in der Vorschrift des § 193 StGB. Deckung finden kann und im Falle der Bejahung, ob im Hinblick auf Form und begleitende Umstände Exzesse vorliegen, durch die sich der Angeklagte den ihm an sich zukommenden Schutz verscherzt hat.

Urteil des Strafsenats vom 10. Mai 1909, V 15/09 (nach Rudolstadt).

7. Genügt es zur Strafbarkeit des Inhabers einer Legitimationskarte nach § 44a der Gewerbeordnung, daß er diese nicht bei sich führt, oder ist außerdem erforderlich, daß er dem Geheiß der Polizeibehörde, den Betrieb bis zur Herbeischaffung der Karte einzustellen, nicht nachkommt?

Die Strafkammer hat den § 44a Abs. 2 und den § 149 Nr. 1 der Gewerbeordnung richtig ausgelegt. Wortlaut und Zweck dieser Bestimmungen sprechen allein dafür, daß es zur Bestrafung genügt, wenn der Inhaber der Legitimationskarte diese nicht bei sich führt oder auf Erfordern nicht vorzeigt, und daß es eine selbständige Uebertretung darstellt, wenn er außerdem den Betrieb auf Geheiß der zuständigen Behörden oder Beamten nicht bis zur Herbeischaffung der Karte einstellt. § 44a Abs. 2 enthält also drei Deliktstatbestände, und dementsprechend redet § 149 Nr. 1 von „den Bestimmungen des § 44a Abs. 2" nicht von einer (einheitlichen) Bestimmung, wie sie die Revision im Anschluß an das Schöffengerichtsurteil annimmt. Wenn aber dieses Urteil gerade auch aus dem Gebrauche der Mehrzahlform („wer den Bestimmungen zuwiderhandelt") die Meinung herleitet, es müsse sämtlichen Bestimmungen zuwidergehandelt sein, so ist das völlig abwegig. § 366 Z. 10 StGB. bedroht den mit Strafe, der „die zur Erhaltung der Sicherheit . . . auf den öffentlichen Wegen . . . erlassenen Polizeiverordnungen übertritt". Niemand wird glauben, daß hiernach Bestrafung erst eintrete, wenn sämtlichen bezüglichen Verordnungen entgegengehandelt ist. Hätte das Gesetz die Verletzung der Verpflichtung, die Legitimationskarte während der Ausübung des Gewerbebetriebs bei sich zu führen,

Digitized by Google

als solche straflos lassen wollen, so hätte es besser getan, die Verpflichtung überhaupt nicht aufzustellen und sich damit zu begnügen, die Einstellung des Betriebs für den Fall zu befehlen, daß die zuständigen Behörden oder Beamten, die den Inhaber ohne Karte betroffen haben, dies anordnen. Wenn das Schöffengericht, dem in diesem Punkte die Strafkammer beistimmt, der Ansicht ist, auch der Inhaber eines Erlaubnisscheins nach § 42b unterliege gemäß Abs. 2 in Verbindung mit § 60c Abs. 1 den sämtlichen Verpflichtungen, die für den Inhaber der Legitimationskarte nach § 44a wie für den Inhaber eines Wandergewerbescheins aufgestellt sind, und doch bedrohe § 149 Nr. 1 nur die Verletzung einer dieser Verpflichtungen, nämlich der des Beisichführens des Erlaubnisscheines, mit Strafe, so ist das ein Irrtum, der auf dem Uebersehen des § 148 Nr. 5 beruht. Wenn aber der Inhaber des in § 43 vorgesehenen Legitimationsscheines allerdings nach § 149 Nr. 1 nur bestraft wird, wenn er diesen Schein nicht bei sich führt, so ist ihm auch, wie die Vorinstanzen zutreffend bemerken, eine weitere Verpflichtung durch die Gewerbeordnung nicht auferlegt. In keinem Falle liegt also die Sache so, daß die Gewerbeordnung eine Verpflichtung auferlegte, ihre Verletzung aber straflos ließe. Ueberdies aber würde, wenn das in einem Falle so wäre, daraus kein Grund zu entnehmen sein, dem Gesetze in einem anderen Falle die gleiche Absicht beizulegen, obgleich sein Wortlaut und Zweck hier nicht dazu nötigt.

Wie hier für den analogen Fall des Wandergewerbescheins Oberlandesgericht Rostock nach Warneyer, Jahrbuch, B. Strafrecht, 2. Jahrg. S. 134.

Urteil des Strafsenats vom 17. Juni 1909, S 4/09 (nach Gera).

II. Kommission zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte in Coburg-Gotha.

Mitgeteilt vom Herausgeber.

Zulässigkeit des Rechtsweges über das Bestehen einer Realgewerbeberechtigung.

Der Kläger betreibt in seinem Hause Nr. 155 von Königsberg i. Fr. eine Apotheke. Er behauptet, daß ihm kraft Privilegs oder unvordenklicher Verjährung eine Realgewerbeberechtigung in bezug auf diese Apotheke zustehe, daß ihm das Staatsministerium in Coburg

Digitized by Google

diese Berechtigung bestreite und dadurch Schaden zugefügt habe. Zum Ersatz dieses Schadens hält er den verklagten Fiskus für verpflichtet. Er beantragt, daß der Beklagte verurteilt werde,

1a) anzuerkennen, daß die von ihm betriebene Apotheke eine privilegierte sei, und daß ihm als Eigentümer des Hausgrundstücks Haus-Nr. 155 das vererbliche und veräußerliche Recht zustehe, eine Apotheke in Königsberg zu betreiben;

b) eventuell: anzuerkennen, daß ihm persönlich das vererbliche Recht zustehe, eine Apotheke in Königsberg zu betreiben;

2) ihm den aus der Verweigerung der Anerkennung dieses Apothekerprivilegs entstehenden Schaden zu ersetzen.

Der Beklagte hat die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges erhoben. Das Landgericht M., bei dem die Sache in erster Instanz anhängig ist, hat die Einrede zurückgewiesen. Hierauf ist auf Grund des Gesetzes vom 8. April 1879 der Kompetenzkonflikt erhoben worden. Dieser ist indessen nicht begründet.

Das Landgericht geht davon aus, daß der Kläger mit der Klage sein Eigentumsrecht an dem Apothekengebäude geltend macht, als dessen Ausfluß sich die Realgerechtigkeit darstelle. Auf den Antrag unter 1b trifft das jedenfalls nicht zu. Realgewerbeberechtigungen können mit einem Grundstück verbunden sein, aber auch als selbständiges Recht bestehen (Planck, EG. z. BGB. Art. 74; Landmann, GewO. § 10; Schmid, ArchZivPrax. 44, 27). Der Eventualantrag unter 1b kann nur so verstanden werden, daß eventuell eine Realgewerbeberechtigung der letzteren Art als verliehen oder durch unvordenkliche Verjährung entstanden behauptet sein soll. Aber auch für den Hauptantrag unter 1a kommt nichts darauf an, ob die in Anspruch genommene Berechtigung als Ausfluß des Grundeigentums, als Bestandteil oder Zubehör des Grundstücks zu bezeichnen wäre. Jedenfalls besteht in Rechtsprechung und Rechtslehre Einverständnis darüber, daß Realgewerbeberechtigungen zu den Privatrechten gehören und grundsätzlich den Rechtsschutz genießen, wie er den anderen Privatrechten zukommt (Schmid S. 6; Gierke, Deutsches Privatrecht, II § 101, III 1; ThürBl. 9, 368; Stötzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt § 42, II D und IV; Gruch. Beitr. 39, 1018). Soweit hier Entscheidungen in preußisch-rechtlichen Sachen in Betracht kommen, wird doch die privatrechtliche Natur der Berechtigung nicht auf positive Satzung des preußischen Rechts, sondern auf allgemeingültige Erwägungen gestützt, insbesondere auf die, daß Privilegien der in Rede stehenden Art von dem Beliehenen im eigenen Interesse ausgenutzt

Digitized by Google

werden und regelmäßig vererblich und veräußerlich sind. Es kann aber noch darauf hingewiesen werden, daß im Gebiete des Gewerbewesens öffentlich-rechtlicher Natur nur die Beschränkungen sind, die der Gewerbefreiheit auferlegt werden, während im übrigen der Stellung des Gewerbetreibenden, beruhe sie nun auf der Gewerbefreiheit oder auf Konzession, Privileg oder sonstigem Rechtstitel, keinerlei Eigenschaft beiwohnt, die sie als eine öffentlich-rechtliche erscheinen lassen könnte. Speziell für das coburgische Recht kann als Beleg für die Auffassung der Realgerechtigkeiten einschließlich der gewerblichen als privater Gerechtsame der § 15 der Verordnung vom 10. September 1860, GS. Nr. 377, herangezogen werden, der sie der Eintragung in das Grundbuch für fähig erklärt.

Aus dem bisher Erörterten würde indessen noch nicht folgen, daß im vorliegenden Falle eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vorliegt und deshalb nach § 13 GVG. der Rechtsweg gegeben ist. Hierfür ist nicht entscheidend die Natur des Rechts, dessen Beeinträchtigung der Kläger behauptet, sondern die Natur des Rechtsverhältnisses, das den unmittelbaren Gegenstand des Streites bildet (ThürBl. 55, 48).

Wo immer in die private Rechtssphäre in Ausübung öffentlicher Hoheitsrechte eingegriffen wird, sei es der Finanz-, Militär-, Polizeihoheit oder einer sonstigen öffentlichen Gewalt, da erzeugt der Eingriff regelmäßig ein Rechtsverhältnis publizistischer Natur. Dieses ist es, das den unmittelbaren Gegenstand einer aus dem Eingriff hervorgehenden Streitigkeit bildet und deshalb ihre Anerkennung als einer bürgerlichen und damit die Zulässigkeit des Rechtsweges ausschließt, es sei denn, daß dem Prozeßrichter ausnahmsweise eine Verwaltungsgerichtsbarkeit übertragen wäre. Dasselbe gilt von einem auf Grund des Eingriffes erhobenen Entschädigungsanspruch, dem, insoweit er überhaupt anzuerkennen wäre, gleichfalls öffentlich-rechtlicher Charakter zukäme (ThürBl. a. a. O. S. 51). Allein hier liegt nichts dergleichen vor. Das Herzogliche Staatsministerium nimmt nicht die Befugnis in Anspruch, kraft seiner Gewerbepolizei- oder einer anderen öffentlichen Gewalt in das Realprivilegium, wenn es besteht, einzugreifen. Sondern es verneint lediglich das Bestehen des Privilegs. Es ist also wirklich der unmittelbare Gegenstand des Streites nichts anderes als das behauptete Recht des Klägers, und da dieses, wie oben dargelegt ist, ein Privatrecht ist, der Charakter des Rechtsstreites als eines bürgerlichen im Sinne des § 13 GVG. gegeben.

Auch die folgende Erwägung führt zu dem gleichen Ergebnis.

Die oben erwähnte Regel erleidet nämlich da eine Ausnahme,

Digitized by Google

wo kraft speziellen Titels eine individuelle Exemtion von der öffentlichen Gewalt in der Beziehung geltend gemacht wird, in der die Verwaltungsbehörde sie ausüben wollte.

Dieser Exemtion gegenüber, wenn sie, was im Prozeß eben festgestellt werden soll, wirklich vorliegt, kann logischerweise eine Berufung des Beklagten auf seine öffentliche Gewalt überhaupt nicht platzgreifen. Und deshalb wird hier allgemein ein Rechtsverhältnis angenommen, das nicht die Subordination der einen Partei unter die andere, sondern die Koordination beider Parteien zur Grundlage hat, und welchem demgemäß, sofern nur die Natur des geltend gemachten Rechtes selbst es nicht verbietet, privatrechtlicher Charakter beizumessen ist (v. Sarwey, Oeffentliches Recht und Verwaltungsrechtspflege S. 335; Wach, Zivilprozeßrecht S. 99). Dieser Fall würde hier vorliegen. Der Kläger nimmt auf Grund landesherrlicher Verleihung oder diese ersetzender unvordenklicher Verjährung eine Rechtsstellung in Anspruch, kraft deren der jeweilige Inhaber der angeblichen Apothekergerechtigkeit von gewissen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen in bezug auf die Errichtung einer Apotheke frei ist. Diese Freiheit bildet gerade den Inhalt des Privilegs, und deshalb könnte sich der Beklagte nicht auf die Gewerbepolizeigewalt des Ministeriums zu dem Zwecke berufen, die Angehung des ordentlichen Gerichts zum Schutze des Privilegs auszuschließen. So im wesentlichen auch RG. 15, 143 ff., und Gruch. Beitr. a. a. O. Allerdings können diese Entscheidungen auf positive Vorschriften des preußischen Gesetzes vom 11. Mai 1842 Bezug nehmen. Allein, wie aus dem Vorhergesagten hervorgeht, handelt es sich dabei um einen allgemeingültigen Grundsatz.

Sonach ist nur noch zu fragen, ob der Rechtsweg durch eine besondere Vorschrift des Coburgischen Landesrechts ausgeschlossen ist. Das ist nicht der Fall. In der Begründung des Kompetenzkonfliktes ist Bezug genommen auf § 2, III 7 des Organisationsgesetzes vom 17. Juni 1858 und § 12 der Verordnung über den Landesverwaltungsorganismus vom 30. Oktober 1828.

Allein keine dieser Gesetzesstellen enthält eine Entscheidung der hier zur Erörterung stehenden Frage. Die erste handelt davon, daß die Gewerbepolizei einen Zweig der inneren Verwaltung bildet, und von einigen Gegenständen der Gewerbepolizei. Darunter befindet sich eine — übrigens nach § 2 Ziff. 23 der Ausführungsverordnung vom 19. Juni 1858 nicht vom Ministerium, sondern vom Landratsamte auszuübende — Jurisdiktion in Streitigkeiten zwischen Gewerbetreibenden „über den Umfang der Gewerbe und der hierzu erteilten

Digitized by Google

Konzessionen, Privilegien oder Innungsartikel", nicht aber eine solche in Streitigkeiten zwischen einem angeblich Privilegierten und dem Staat über das Bestehen des Privilegs. Daß ein Streit hierüber abweichend von den oben entwickelten allgemeinen Grundsätzen den Gerichten entzogen sein solle, kann auch nicht aus der ziemlich nichtssagenden Wendung entnommen werden, wonach die Gewerbepolizei die „Erörterung und Entscheidung aller Gewerbssachen" einschließt. Ob zu diesen „Gewerbssachen" die Inanspruchnahme des Staates wegen Beeinträchtigung eines gewerblichen Privilegs gehört, das eben ist die Frage.

Was aber den § 12 der Verordnung vom 30. Oktober 1828 anlangt, so enthält er, wie schon die mehrfach erwähnte Entscheidung des erkennenden Gerichtshofs vom 11. Oktober 1907 eingehend erörtert hat, im Zusammenhalt mit § 11 wesentlich nichts anderes als einen schon aus allgemeinen Prinzipien zu gewinnenden Grundsatz, nämlich den, daß über streitige Rechtssachen die Justizbehörden, über „öffentliche Rechts- und Landesverwaltungsverhältnisse" dagegen die Verwaltungsbehörden entscheiden sollen, jeder Teil unabhängig vom anderen und ohne Eröffnung eines Rechtszuges von Behörden der einen Art an Behörden der anderen. Was aber im einzelnen zu den „streitigen Rechtssachen" einerseits und zu den „öffentlichen Rechts- und Landesverwaltungs-Verhältnissen" andererseits gehört, darüber sagen die §§ 11 und 12 nichts. Unter keinen Umständen sind sie dahin zu verstehen, daß über eine Frage, zu der die Verwaltungsbehörde in einer Verwaltungsverfügung Stellung genommen hat, die Gerichte auch dann nicht mehr sprechen dürften, wenn deren Entscheidung an sich zu ihrer Zuständigkeit gehört. Das wäre das gerade Gegenteil des obigen Grundsatzes. Nur eine Berufung auf den Rechtsweg ist ausgeschlossen, die den Zweck hat, „die ergangene Verfügung der gedachten Behörden dadurch selbst aufzuheben und außer Wirksamkeit zu setzen". Ausgeschlossen wäre also eine Klage gegen Versagung der Apothekenkonzession an den Kläger oder gegen die Erteilung einer Apothekenkonzession an einen Dritten, auch auf Grund der Behauptung, daß dem Kläger ein Apothekenprivilegium, im zweiten Falle ein Exklusivprivilegium, zustehe. Denn die Erteilung oder Versagung einer Apothekenkonzession gehört nach § 1 Ziff. 16 der erwähnten Verordnung vom 19. Juni 1858 zweifellos zu den Landesverwaltungssachen und zur ausschließlichen Zuständigkeit des Staatsministeriums. Eine solche Klage ist aber auch nicht erhoben. Dagegen ist die Verfolgung etwaiger zivilrechtlicher Entschädigungs-

Digitized by Google

ansprüche des durch die Verfügung einer Verwaltungsbehörde Benachteiligten bei den Justizbehörden durch den zitierten § 12 sogar ausdrücklich vorbehalten. Somit ist es also keineswegs ausgeschlossen, eine Frage, über die die Verwaltungsbehörden gesprochen haben, zum Gegenstand einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit zu machen. Daß dieses Vorgehen im Falle eines günstigen Ausganges möglicherweise faktisch die Wirkung hat, daß die Verwaltungsbehörde selbst ihre Verfügung aufhebt oder abändert, bedeutet nicht, daß mit ihm bezweckt werde, die Verfügung „aufzuheben und außer Wirksamkeit zu setzen".

Auch sonst besteht keine Bestimmung des coburgischen Landesrechts, aus der sich die Unzulässigkeit des Rechtsweges im vorliegenden Falle ergäbe.

Entscheidung vom 21. Mai 1909, K 1/08.

III. Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes für Coburg-Gotha.

Mitgeteilt vom Herausgeber.

1. Wählbarkeit von Volksschullehrern in den Gemeindeausschuß. — Hinlängliche Bezeichnung des Kandidaten. — Zeitpunkt für die Vernichtung der Stimmzettel.

Am 15. Dezember 1908 fand in Dietharz unter Leitung des Schultheißen die Wahl von drei Gemeindeausschußmitgliedern statt. Nach dem Wahlprotokoll wurde als Ergebnis der Wahl verkündet, daß der Zimmermann Wilhelm Raab mit 62 Stimmen, der Fuhrmann Fritz Fuchs mit 58 Stimmen und der Lehrer B. mit 51 Stimmen zu Gemeindeausschußmitgliedern gewählt seien. Im ganzen gaben 112 Wahlberechtigte ihre Stimmzettel ab. Bei Verlesung des Inhalts der Stimmzettel wurde festgestellt, daß — außer den erwähnten Stimmen der als gewählt Proklamierten — weiter 44 Stimmen auf Heinrich Wolf und je 43 Stimmen auf Jeremias Rausch und den Holzhauer Heinrich Groß entfallen seien. Sechs Stimmzettel (Nr. 17, 71, 78, 89, 131 und 136) wurden für ungültig erklärt. Von ihnen lauteten 4 auf den Namen Heinrich Groß und 2 auf den Namen H. Wolf. Da es zweifelhaft erschien, ob Heinrich Groß, Holzhauer (Nr. 28 der Wählerliste) oder Heinrich Groß, Tünchermeister (Nr. 24 der Wählerliste) und

Digitized by Google

ob Heinrich Wolf oder Hermann Wolf (Nr. 125 bezw. 134 der Wählerliste) der Gewählte sein sollte, richtete der Schultheiß als Vorsitzender der Wahlbehörde an die Wahlversammlung die Anfrage, ob die Schreiber der Stimmzettel Nr. 17, 71, 78, 89, 131 und 136 bereit seien, durch mündliche Erklärung zu Protokoll die Zweifel über die Person der Vorgeschlagenen zu beseitigen. Da sich niemand meldete, blieben die sechs Stimmen unberücksichtigt. Dagegen wurden mehrere Stimmzettel, die auf den Namen „W. Raab" lauteten — wie viel, steht nicht fest — den auf „Wilhelm Raab" lautenden hinzugezählt, weil in der Wählerliste nur ein Wahlberechtigter Raab mit einem mit dem Buchstaben W beginnenden Vornamen — eben der gewählte Wilhelm Raab — verzeichnet stand (unter Nr. 85) und deshalb ein Zweifel in betreff der Person des Vorgeschlagenen für ausgeschlossen erachtet wurde. Nachdem die Wahlhandlung geschlossen und das Wahlprotokoll vorgelesen und unterzeichnet, eine Einwendung gegen die Wahl aus der Mitte der Versammlung aber nicht erhoben worden war, wurden die Stimmzettel vernichtet.

Mit Eingabe vom 22./24. Dezember 1908 führten die jetzigen Kläger Beschwerde über das Wahlverfahren. Sie beanstandeten ein Dreifaches. Zunächst bestritten sie die Gültigkeit der Wahl des Lehrers B., da dieser ein mit ständiger Besoldung versehenes Gemeindeamt bekleide, nach § 76 des Gemeindegesetzes vom 11. Juni 1858 also nicht wählbar sei. Weiter rügten sie, daß die für „Heinrich Groß" und „H. Wolf" abgegebenen Stimmen dem „Holzhauer Heinrich Groß" und dem „Heinrich Wolf" nicht angerechnet worden seien, während man die auf „W. Raab" lautenden Stimmzettel für „Wilhelm Raab" mitgezählt habe. Endlich machten sie geltend, daß entgegen den Vorschriften in den §§ 97 und 98 Abs. 2 des Gemeindegesetzes die Stimmzettel vernichtet worden seien, ehe das Wahlverfahren von der zuständigen Staatsbehörde als rechtsbeständig anerkannt gewesen sei.

Das Landratsamt wies die Beschwerde zurück und erkannte die Wahl des Wilhelm Raab, Fritz Fuchs und des Lehrers B. als gesetzmäßig an.

Hiergegen richtet sich die Klage mit dem Antrag: die Entscheidung des Landratsamts aufzuheben und die Wahl der drei Gemeindeausschußmitglieder für ungültig zu erklären.

Die Klage ist unbegründet.

Zu Unrecht wird die Wahl des Lehrers B. beanstandet. Allerdings können nach § 76 des Gemeindegesetzes vom 11. Juni

Digitized by Google

1858 solche Bürger nicht in den Gemeindeausschuß gewählt werden, die ein mit ständiger Besoldung (oder mit dem Bezug ständiger Gebühren) versehenes Gemeindeamt bekleiden. Ein Volksschullehrer, wie es der Lehrer B. ist, bekleidet aber kein Gemeindeamt im Sinne dieser Gesetzesbestimmung. In § 76 werden neben den eigentlichen Gemeindebeamten diejenigen als nicht wählbar bezeichnet, die „als Staatsdiener eine Stelle bei einer zur Führung der Oberaufsicht über die Gemeindeverwaltung und Ortspolizei berufenen Behörde bekleiden". Indem das Gesetz diesen beiden Beamtenkategorien — den Gemeindebeamten und den Staatsaufsichtsbeamten — die Wählbarkeit für den Gemeindeausschuß abspricht, geht es davon aus, daß die Stellung dieser Beamten mit der eines Gemeindeausschußmitglieds unvereinbar sei, daß die Doppelstellung zu Interessenkollisionen führen müsse. Diese Erwägungen treffen auf Volksschullehrer nicht zu. Sie sind weder an der eigentlichen Gemeindeverwaltung beteiligt, noch mit der Aufsicht über sie betraut. Sie sind vielmehr Diener einer selbständigen Anstalt. Die Richtigkeit dieser Auslegung des § 76 ergibt sich auch aus den §§ 104, 37 GemGes. In § 104 wird ausdrücklich ausgesprochen, daß . . . Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten nicht gleichzeitig das Amt eines Mitglieds des Gemeinde*vorstands* versehen können. Der § 76 dagegen nimmt die Lehrer aus der Zahl der in den Gemeindeausschuß Wählbaren nicht speziell aus. Diese Verschiedenheit in der Redaktion des Gesetzes spricht für ihre Wählbarkeit zu Gemeindeausschußmitgliedern. In § 37 wird der Erwerb des Heimatsrechtes durch unwiderrufliche Anstellung im Hof-, Staats-, Kirchen- und Schuldienst ausdrücklich geregelt, derjenige durch Anstellung im Gemeindedienst jedoch, offenbar als selbstverständlich, übergangen (vergl. § 104 S. 5 GG.). Daraus erhellt, daß das Gemeindegesetz den Schuldienst als eine besondere, nicht vom Gemeindedienst umfaßte Dienstkategorie betrachtet (s. noch §§ 113, 227, 228 GG.). Dem entspricht die Regelung, die die Rechtsverhältnisse der Volksschullehrer in der Gothaischen Gesetzgebung gefunden haben. Durch § 41 des Staatsgrundgesetzes vom 3. Mai 1852 wurde die Ordnung der Rechtsverhältnisse derjenigen öffentlichen Lehrer als *Staatsdiener*, auf die das Staatsdienstgesetz keine Anwendung findet, und ihrer rechtlichen Beziehungen zu den Gemeinden einem besonderen Gesetz vorbehalten. Ein gleicher Vorbehalt findet sich auch in § 3 des Gesetzes über den Zivil-Staatsdienst vom 3. Mai 1852. Die hier vorgesehene nähere Regelung der Dienstverhältnisse der Volksschullehrer ist in dem Volksschulgesetz vom 4. Mai 1906 erfolgt (vergl.

Digitized by Google

auch das frühere Volksschulgesetz vom 1. Juli 1863, insbes. die §§ 37, 39, 62). Die Vorschriften, die dieses Gesetz über die Anstellung der Volksschullehrer durch die Staatsregierung (§§ 36, 38, 116[3]), über den Bezug ihres Gehalts aus der Schulkasse (§§ 53, 14, 101 Ziff. 11, 104), über ihre Versetzung auf eine andere Stelle (§ 74), über ihre Pensionierung (§ 69), über die Dienstentlassung (§§ 77 fg.) und über die Staatsaufsicht (§§ 109, 110, 113, 114, 115, 116; vergl. auch noch § 66) enthält, stehen der Annahme entgegen, daß die Volksschullehrer Träger eines Gemeindeamtes seien. Für die Frage, welcher öffentlichen Körperschaft ein Beamter zugehört (dem Staat, der Gemeinde 2c.), ist die Person des Dienstherrn entscheidend, dem er kraft der Anstellung zur Leistung von dauernden Diensten verpflichtet ist, dessen Gewalt er unterworfen wird und dem er Gehorsam schuldet (vergl. Meyer-Anschütz, Staatsrecht § 144 S. 502[1]; Laband I § 44 II S. 414 fg.). Diese Merkmale sind in dem Verhältnis der Volksschullehrer zu den Gemeinden nicht ausgeprägt. Allerdings ist die öffentliche Volksschule eine Gemeindeanstalt (§§ 6, 12 Volksschulgesetz). Dieser Umstand beweist aber nicht, daß die Volksschullehrer Gemeindebeamte sind. Die Frage nach der Dienststellung der Lehrer beurteilt sich nicht nach dem organisatorischen Aufbau der Volksschule, sondern danach, wessen Dienstherrlichkeit sie unterstehen. Unter diesem Gesichtspunkt ergibt sich aber, daß die Volksschullehrer nicht Gemeindebeamte und auch nicht eigentliche Staatsbeamte sind, sondern eine selbständige Dienstkategorie bilden, die zwischen beiden steht (s. auch über die verwandte Auffassung im Preußischen Recht RGZ. 37, 302; 42, 282; OVG. 14, 75 f.; Gruch. 27, 1000). Verfehlt ist der Einwand der Kläger, die Stellung der Volksschullehrer als Gemeindebeamter ergebe sich daraus, daß sie aus Gemeindemitteln (eine freie Wohnung oder) eine Wohnungsentschädigung erhielten. Zunächst ist es für die Beurteilung des Dienstverhältnisses der Lehrer nicht entscheidend, aus welcher Kasse sie ihr Gehalt oder ihre Nebenbezüge empfangen (vergl. Meyer-Anschütz a. a. O.). Sodann ergibt sich aber aus §§ 48 II, 53[3] VSchG., daß eine Wohnungsentschädigung aus der Gemeindekasse nicht gewährt wird.

Unbegründet ist weiter die Bemängelung der Stimmenzählung. Nach §§ 85, 89 des Gemeindegesetzes vom 11. Juni 1858 müssen die Stimmzettel eine hinlängliche Bezeichnung der zu Gemeindeausschußmitgliedern Vorgeschlagenen enthalten. Anderenfalls wird ihr Inhalt nicht berücksichtigt. Nur dann wird die Stimmabgabe be-

Digitized by Google

achtet, wenn der Schreiber des undeutlichen Stimmzettels auf Erfordern sich meldet und durch mündliche Erklärung zu Protokoll den Mangel beseitigt. Diese Vorschriften hat die Wahlbehörde im vorliegenden Fall nicht verletzt. Daß die für „W. Raab" abgegebenen — der Zahl nach nicht feststehenden — Stimmen als gültig behandelt und dem Wilhelm Raab zu gute gerechnet wurden, war durchaus zulässig. Denn bei ihnen konnte ein begründeter Zweifel über die Person des Vorgeschlagenen nicht aufkommen (vergl. OVG. 28, 21). Die Wählerliste wies nur einen Wahlberechtigten namens Raab auf, der einen mit dem Buchstaben W beginnenden Vornamen führte. Dieser — eben der gewählte Wilhelm Raab — kam daher allein als wählbar nach § 75 S. 2 GG. in Frage (s. auch § 78 das.). Die Kläger weisen zwar auf die Möglichkeit hin, daß ein Stimmberechtigter (§ 72 GG.) namens W . . . Raab aus Versehen nicht in die Gemeindewählerliste (§ 78 GG.) aufgenommen worden sei. Sie behaupten indes selbst nicht, daß in der Tat zur Zeit der Wahl ein Stimmberechtigter dieses Namens in der Gemeinde Dietharz vorhanden gewesen sei. Es kann daher ununtersucht bleiben, ob die Gemeindewählerliste ausschließlich den Zweck hat, den Kreis der zur aktiven Ausübung des Wahlrechts befähigten Personen festzustellen oder auch den, als vollständiges Verzeichnis der mit der Wählbarkeit Bekleideten zu dienen (vergl. OVG. 19, 18). Die weitere Möglichkeit aber, daß die Stimmzettel mit dem Namen W. Raab einem überhaupt nicht Wahlberechtigten und darum nicht Wählbaren hätten gelten sollen, muß von vornherein ausscheiden. Denn diese Stimmabgabe wäre ungültig; die Wahlbehörde muß aber bei der Prüfung der Stimmzettel davon ausgehen, daß die Wähler einem gesetzlich tauglichen Kandidaten ihre Stimmen haben geben und gültig haben wählen wollen. Anderenfalls würde das ganze Wahlgeschäft in Frage gestellt.

Anders lag es bei den für Heinrich Groß und H. Wolf abgegebenen sechs Stimmen. Hier konnte der Zweifel auftauchen, ob der Holzhauer oder der Tünchermeister Heinrich Groß und ob Heinrich oder Hermann Wolf gemeint sei. Denn diese vier Personen kamen nach der Wählerliste als Wahlberechtigte und damit auch als wählbar (§ 75 GG.) in Betracht. Der Zweifel wurde auch nicht dadurch beseitigt, daß auf die Aufforderung des Wahlvorsitzenden sich die Schreiber der Stimmzettel zur mündlichen Verdeutlichung ihrer Stimmabgabe meldeten. Indes ist damit nicht ausgeschlossen, daß sich die Person der Vorgeschlagenen auf andere Weise hätte bestimmen lassen.

Digitized by Google

Es lassen sich Fälle denken, in denen trotz ungenauer, mehrdeutiger Bezeichnung ein begründeter Zweifel über die Person des Vorgeschlagenen nicht aufkommen kann, so z. B. dann, wenn der Wahlzettel den Namen einer als Kandidat aufgestellten, politisch bekannten Persönlichkeit trägt oder wenn nach geschlossenen Listen gestimmt wird und in dem Stimmzettel einer der in diesen Listen enthaltenen Kandidaten erkennbar bezeichnet ist. Ob einer dieser Fälle bei der Dietharzer Wahl vorgelegen hat, kann dahingestellt bleiben. Denn auch wenn man die auf Heinrich Groß und H. Wolf lautenden Stimmzettel als gültig ansähe und die abgegebenen 4 Stimmen für den Holzhauer Heinrich Groß und die 2 Stimmen für Heinrich Wolf mitzählte, so würde dadurch an dem Wahlergebnis nichts geändert. Denn beide blieben trotz dieses Stimmenzuwachses mit 47 bezw. 46 Stimmen in der Minderheit.

Wenn die Kläger im Anschluß hieran weiter einwenden, daß der Wahlvorsitzende mit seinem Verfahren das Wahlgeheimnis verletzt und bei der Stimmenzählung die Entscheidung der Wahlbehörde nicht eingeholt habe, so ist auch das nicht stichhaltig. Das Gemeindegesetz ist nicht ausschließlich auf dem Grundsatz geheimer Stimmabgabe aufgebaut: es gestattet in § 85 S. 3 die mündliche Erklärung der Abstimmung zu Protokoll, und erlaubt in § 89 auch bei geheimer schriftlicher Abstimmung, daß auf Erfordern eine mündliche Erläuterung eines undeutlichen Stimmzettels stattfindet. Daß der Gemeindevorstand als Wahlleiter bei der Entscheidung über die Gültigkeit der Stimmen die Wahlbehörde (§ 81 GG.) beiseite gesetzt habe, ist nicht ersichtlich. Ob eine ausdrückliche Beschlußfassung der Wahlbehörde über die Gültigkeit oder Ungültigkeit von Stimmen stattgefunden hat, ist gleichgültig. Es genügte, wenn der Wahlleiter ohne Widerspruch der Besitzer, im stillschweigenden Einverständnis mit ihnen, entschied. Das war aber offenbar der Fall.

Den letzten Anfechtungsgrund leiten die Kläger daraus her, daß die Stimmzettel vorzeitig vernichtet worden seien. Auch damit können sie nicht durchdringen. Nach § 98 Abs. 2 GG. sind die Wahlzettel zu vernichten, sobald das Wahlverfahren als rechtsbeständig anzusehen ist. Dieser Zeitpunkt tritt allerdings bei den Wahlen in den Dorfgemeinden erst ein, wenn die Wahl von der zuständigen Staatsbehörde (§ 218 GG.) für gesetzmäßig befunden worden ist. Denn nach § 97 Abs. 2 GG. entscheidet für die Dorfgemeinden die Staatsbehörde über die Gesetzmäßigkeit der Wahlen, d. h. sie trifft die recht-

Digitized by Google

lich bedeutsame Feststellung des Wahlergebnisses. Die Bekanntmachung dieses Ergebnisses durch die Wahlbehörde ist nur eine vorläufige, unmaßgebliche (ThürBl. 55, 142). Indes stellt die verfrühte Vernichtung der Wahlzettel unter den vorliegenden Umständen keine wesentliche Unregelmäßigkeit dar, die es rechtfertigen könnte, die sonst einwandfreie Wahl für ungültig zu erklären (§ 97 Abs. 1 GG.). Die Aufbewahrung der Wahlzettel bildet kein absolut wesentliches Erfordernis, von dessen Beobachtung die Gültigkeit des Wahlakts abhängt. Besteht ohnehin volle Gewißheit darüber, daß der Wille der einzelnen Wähler und des Wahlkörpers in dem vorliegenden Ergebnis der Wahl zu voller Geltung und zu seinem gesetzlichen Ausdruck gelangt ist, so kann durch eine vorzeitige Vernichtung der Wahlzettel die Gültigkeit der Wahl nicht in Frage gestellt werden (vergl. OVG. 4, 5; 26, 119). Dieser Fall liegt aber vor. Denn das Wahlprotokoll nebst seinen Beilagen, die nicht bemängelt sind, liefern die nötigen Unterlagen für die Nachprüfung des Wahlergebnisses und machen eine Einsicht der Stimmzettel überflüssig. Unter diesen Umständen hatte die Aufbewahrung der Stimmzettel eine rein formelle Bedeutung; von der Beobachtung einer bloßen Formalität aber kann die Gültigkeit der Wahl nicht abhängen.

Entscheidung vom 28. Mai 1909, B 1/09.

2. Steuerliche Behandlung der für den Hausbedarf und das Wirtschaftspersonal verwendeten Naturalien eines Gutes. — Zurechnung der vom eigenen Wild gefressenen landwirtschaftlichen Erzeugnisse zum Gutsertrag?

Der Reinertrag des klägerischen Grundbesitzes ist mit Rücksicht auf entnommenen Hausbedarf um 1000 M. höher als vom Kläger angegeben, veranschlagt worden.

Die Vorinstanzen sind bei der Feststellung dieses Betrages einmal offenbar von unrichtigen rechtlichen Gesichtspunkten ausgegangen. Nach der von der Berufungskommission insoweit nicht beanstandeten Begründung der Einschätzungskommission ist der kritische Betrag ermittelt als „Differenz zwischen dem, was die Gutsherrschaft von der Gutsverwaltung bezieht und dem, was erstere für die letztere leistet". Hierbei sind Art. 9 Ziff. 1 und 10 Ziff. 2 des Einkommensteuergesetzes nicht beachtet. Denn danach kommt hinsichtlich der für den Haushalt des Steuerpflichtigen entnommenen Gutserzeugnisse ein Abzug

Digitized by Google

überhaupt nicht in Frage, der Geldwert dieser Erzeugnisse ist vielmehr ununterschieden von den übrigen Erzeugnissen zunächst in Einnahme zu stellen. Die Begründung der Vorentscheidungen läßt nicht ersehen, wie hoch dieser angenommen ist. Bei der Feststellung der Höhe des Abzugs kommt es dann darauf an, die Höhe der Aufwendungen für das Wirtschaftspersonal festzustellen. Eine solche Feststellung ist aus den Entscheidungen der Vorinstanzen nicht zu entnehmen, denn es ist nach ihrer Begründung nicht ersichtlich, welche ziffernmäßige Beträge von ihnen, indem sie 2000 bezw. 1000 M. als den oben bezeichneten Differenzbetrag angeben, für die Unterhaltung des Wirtschaftspersonals in Anschlag gebracht sind. Die getroffene Entscheidung der Berufungskommission kann in diesem Punkt daher nicht aufrecht erhalten werden.

Ebenso erscheint die zweite Beschwerde des Klägers begründet, die sich dagegen richtet, daß bei Berechnung seines Einkommens ein Betrag von 2000 M. mit Rücksicht auf den Nichtersatz von Wildschaden eingestellt ist. Hierbei ist der Begriff des Ertrages verkannt. Als Naturalertrag aus einem Grundstück kann immer nur der Wert der tatsächlich gewonnenen Erzeugnisse angesehen werden. Gewonnen aber sind Erzeugnisse erst, wenn die Möglichkeit ihrer unmittelbaren wirtschaftlichen Verwertung gegeben ist. Der steuertechnische Begriff des Ertrages ist in dieser Hinsicht kein anderer als der wirtschaftliche. Der Vorteil, den ein Grundstückseigentümer dadurch im Interesse seiner Jagd hat, daß er das Wild auf eigenem Grund und Boden hält, würde daher nur dann bei Berechnung des Einkommens aus dem Grundbesitz in Anschlag zu bringen sein, wenn es sich um Verwendung von Erzeugnissen der Landwirtschaft für das Wild, wie etwa zur Fütterung handelt. Damit ist der Ansatz der Verwaltungsbehörden im vorliegenden Falle aber nicht begründet. Der Wert des dem Grundstückseigentümer nach dem Gesetz zustehenden Rechts auf Ersatz des Wildschadens würde bei der Veranschlagung des Einkommens in Einnahme gesetzt werden können nur etwa als Ertrag aus einem vermögenswerten Forderungsrecht; ein solches ist aber im vorliegenden Fall, wo dem Grundstückeigentümer kein Verpflichteter gegenübersteht, nicht gegeben. Die Erwägung, daß der Kläger durch die gegebene Kombination der Verhältnisse günstiger gestellt ist als andere Steuerpflichtige in gleicher Vermögenslage, reicht allein selbstverständlich nicht aus, um seine höhere Einschätzung zu rechtfertigen.

Entscheidung vom 22. November 1907, B 5/07.

Digitized by Google

3. Schaffung eines öffentlichen Weges. — Uebernahme der öffentlich-rechtlichen Wegeunterhaltungslast.

Im Jahre 1851 wurde zum Bau und Betrieb einer chausseemäßigen Straße, die von Ichtershausen über Molsdorf, Ingersleben und Bischleben nach Hochheim bei Erfurt führen und die als Bedürfnis empfundene bequemere Verbindung mit Erfurt herstellen sollte, ein Aktienverein gegründet. Die Satzung des Vereins (§ 1) sah als „Zweck und Aufgabe" des Unternehmens: „die Anlegung der Straße und ihre stete Erhaltung in baulichem Stande und Wesen" vor. Sie wurde der Herzoglichen Landesregierung zur Genehmigung unterbreitet. Diese forderte zunächst die Erörterung verschiedener Punkte und machte die Genehmigung unter anderem davon abhängig, daß die Straße nach dem Gutachten der Chausseebauinspektion als völlig chaussierte und in einer bestimmten Breite ausgeführt werde. Schließlich erteilte sie die Genehmigung zum Bau und Betrieb der Straße und ließ die Satzung durch das Herzogliche Justizamt in Ichtershausen bestätigen (31. Dezember 1851). Dabei behielt sie jedoch ausdrücklich die technische Oberleitung des Baues der Herzoglichen Chausseebauinspektion vor. In der Folge wurde die geplante Straße, die sogenannte Geratalstraße, ausgebaut und vom 1. Januar 1854 ab in Betrieb genommen. Der Aktienverein erhielt die Berechtigung zum Bezug des Wegegeldes für die Straße verliehen (29. Dezember 1852) und wurde durch Entschließung des Landesherrn als juristische Persönlichkeit anerkannt (17. März 1853). Seine im Jahre 1853 revidierte Satzung fand die behördliche Bestätigung (16. April 1853). In ihr (§ 1) war als Zweck des Vereins „der Bau und die Unterhaltung einer ordnungsmäßigen Chaussee" bezeichnet. In § 37 dieser Satzung war entgegen dem § 6 des ursprünglichen Statuts, wonach ein Antrag auf Aufhebung der Gesellschaft nicht stattfand, die Auflösung des Aktienvereins durch Beschluß der Inhaber von mindestens $^3/_4$ der Aktien vorgesehen.

Unter dem 27. Oktober 1854 nahm der Verein auch denjenigen Teil der Staatsstraße, der die Verbindung zwischen Geratalstraße und Ichtershausen herstellte, mit Genehmigung der Herzoglichen Landesregierung in Verwaltung. Hierbei wurde ihm von dieser Behörde die Verpflichtung auferlegt, die Staatsstraßenstrecke ebenso, wie die Geratalstraße, nach Anordnung der Chausseebauinspektion stets in einem vollkommen guten Zustand zu erhalten.

Digitized by Google

Bald erwies sich jedoch, daß das Straßenunternehmen nicht rentabel war. Der Verein geriet in wachsende finanzielle Bedrängnis und verfiel schließlich in Konkurs. Dieser fand dadurch sein Ende, daß A. und G., von denen der erstere damals Eigentümer des Gutes St. war, die Geratalstraße durch einen am 24. Juli 1858 vor dem Herzoglichen Justizamt Ichtershausen geschlossenen Vertrag unter Uebernahme aller Rechte und Verbindlichkeiten des Aktienvereins mit Wirkung vom 1. Januar 1858 ab käuflich erwarben. Der Vertrag wurde dem Staatsministerium anläßlich eines Antrags der Erwerber, die Staatsstraßenstrecke in staatliche Verwaltung zurückzunehmen und die Wegegeldberechtigung entsprechend zu regeln, zur Kenntnis gebracht. In der Folge gelangte das Eigentum an der Geratalstraße durch Erbgang an Frau J., die es jedoch größtenteils — mit Ausnahme der in der Flur St. gelegenen Strecke — durch Verzicht gegenüber dem Grundbuchamt aufgab. Das von Frau J. gleichfalls ererbte Gut St. ging durch Erbauseinandersetzungsvertrag in das Eigentum von F. W., des Klägers, über. Als Eigentümer dieses Gutes ist jetzt der Kläger vom Landratsamt in Gotha durch Verfügung vom 11. Februar 1908 bei Vermeidung von Zwangsmaßregeln angehalten worden, die ganze Geratalstraße in ordnungsmäßigen Zustand zu setzen und künftig in diesem Zustand zu erhalten. Hierbei ist davon ausgegangen worden, daß die öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Unterhaltung der Geratalstraße, als einer öffentlichen Straße, seinerzeit für den Aktienverein begründet, dann durch Vertrag vom 24. Juli 1858 von den Käufern der Straße mit Rücksicht auf den Besitz des Familiengutes St. übernommen worden sei, und daher jetzt den Kläger, als Besitzer dieses Gutes, treffe. Die von dem Kläger gegen die Verfügung des Landratsamtes eingelegte Beschwerde wurde durch Entscheidung des Staatsministeriums vom 26. Februar 1908 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die vorliegende Klage. Mit ihr wird beantragt: die Verfügung des Landratsamtes zu Gotha vom 11. Februar 1908 bezw. den diese Verfügung bestätigenden Beschluß des Herzoglichen Staatsministeriums zu Gotha vom 26. Februar 1908 aufzuheben. In der Begründung der Klage wird die Annahme bekämpft, daß die Geratalstraße eine öffentliche Straße im Rechtssinne darstelle, daß von dem Aktienverein und später von den Erwerbern der Straße eine öffentlich-rechtliche Wegebaulast übernommen, und daß die Pflicht zur Unterhaltung der Straße mit dem Besitz des Gutes St. rechtlich verknüpft worden sei.

Digitized by Google

Zunächst fragt es sich, ob die Geratalstraße als ein öffentlicher Weg anzusehen ist. Dies ist mit der Vorinstanz zu bejahen. Die Widmung eines Weges für den öffentlichen Verkehr und damit die Schaffung eines öffentlichen Weges ist schon dann anzunehmen, wenn die rechtlich Beteiligten — das sind die zuständige Behörde, der Eigentümer und der zur Unterhaltung der öffentlichen Wege Verpflichtete — selbst nur stillschweigend ihr Einverständnis damit zu erkennen gegeben haben, daß der Weg vom Publikum als öffentlicher benutzt werde (RGZ. 48, 299). Die Zustimmung der wegebaupflichtigen Gemeinde ist jedoch nur dann erforderlich, wenn sie Wegeeigentümerin ist oder die Unterhaltung des Weges übernehmen soll oder ihr sonst aus der Widmung des Weges für den öffentlichen Verkehr Lasten erwachsen. Wenn ein Dritter der Polizeibehörde gegenüber die Wegebaulast übernimmt, so fehlt in der Regel das rechtliche Interesse für die Zustimmung der Gemeinde (Germershausen, Wegerecht I § 1 S. 6; OVG. 30, 257). Die aufgestellten Erfordernisse für die Konstituierung eines öffentlichen Weges sind hier vorhanden. Daß die Geratalstraße dem öffentlichen Verkehr dienen sollte, ist unzweifelhaft. Aber auch die — mindestens stillschweigende — Genehmigung dieser Zweckbestimmung von seiten der Wegepolizeibehörde (das ist die Landesregierung: § 12d der Verordnung vom 30. Oktober 1828) ist nicht zu bestreiten. Die Landesregierung genehmigte den Straßenbauverein, indem sie bautechnische Vorschriften erteilte und sich die technische Oberleitung des Straßenbaues durch die Chausseebauinspektion vorbehielt; sie fällte auch während der Bauzeit mehrfach Entscheidungen bautechnischen Inhalts (über die Zweckmäßigkeit der Straßenführung durch oder um Bischleben). Damit wurde die Landesregierung in ihrer Doppelstellung als die zur Konzessionierung des Vereins berufene Behörde und als Wegepolizeibehörde tätig.

Zur rechtsgültigen Widmung eines Weges für den öffentlichen Verkehr gehört aber weiter, daß Bestimmung darüber getroffen wird, wem die öffentlich-rechtliche Unterhaltungspflicht obliegen soll (Germershausen, a. a. O. I § 1 S. 1; OVG. 32, 203; 35, 297; 38, 240). Dies führt zu der zweiten Frage, ob der Straßenbauverein die öffentlich-rechtliche Wegebaulast übernommen hat. Auch das ist anzunehmen. An sich können auch bei öffentlichen Wegen auf privatrechtlichem Titel beruhende Verpflichtungen einzelner Personen zur Tragung der Wegebaulast vorkommen (Meyer, Verwaltungsrecht, I § 161 S. 488; ThürBl. 50, 25). Um eine solche privat-

Digitized by Google

rechtliche Unterhaltungspflicht handelt es sich hier aber nicht. Es ist vielmehr eine Wegebau- und Unterhaltungslast öffentlich-rechtlichen Inhalts für den Straßenbauverein begründet worden. Wofern nicht besondere Gesetzesbestimmungen dem entgegenstehen, wird durch eine der Wegepolizeibehörde gegenüber abgegebene und von ihr angenommene einseitige Erklärung, durch die jemand an Stelle des nach gemeinem Recht Wegebaupflichtigen die Pflicht zur Unterhaltung eines Weges übernimmt, in der Regel ein öffentlich-rechtlicher Titel für die Wegebaulast geschaffen (OVG. 30, 256; Germershausen, I § 1 S. 6, § 33 Nr. 3 S. 455 ff.). Das Gothaische Kommunalwegebaugesetz vom 31. Januar 1831 (§§ 1, 7) steht einer Begründung der Wegebaupflicht Dritter nicht entgegen: es regelt nur die normale, gesetzliche Wegebaulast (der Gemeinde) und schließt nicht aus, daß eine davon abweichende Wegebaupflicht auf Grund öffentlich-rechtlichen Titels geschaffen wird (vergl. § 7 daselbst). Dagegen läßt sich auch nicht einwenden, daß durch Vertrag öffentlich-rechtliche Pflichten nicht von dem kraft Gesetzes Verpflichteten auf einen Dritten übertragen werden könnten (RGZ. 40, 297). Dieser an sich richtige Rechtssatz trifft den vorliegenden Fall nicht. Denn es handelt sich nicht um die Begründung einer öffentlich-rechtlichen Wegebaupflicht durch privaten Uebertragungsakt, sondern durch eine der Wegepolizeibehörde gegenüber abgegebene, von ihr angenommene Erklärung (SeuffArch. 43, 334 f.). Ebensowenig ist der Einwand begründet, daß die Rechtsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages auf dem Gebiete des Wegerechtes erst in neuerer Zeit — in Preußen auf Grund der Praxis des Oberverwaltungsgerichts — zur Anerkennung gelangt sei. Allerdings ist der Vertrag überwiegend dem Privatrecht eigentümlich. Allein als universelle Rechtsform ist er auch von jeher im öffentlichen Rechte zu finden. In der Regel verschafft sich freilich der Staat die Leistungen kraft seines Imperiums; indes dieses hat seine Schranken. Durch Anerkennung eines negativen Status der Untertanen (status libertatis) gibt es notwendig ein Gebiet, auf dem Staat und Einzelpersönlichkeit auf Grund der bestehenden Rechtsordnung voneinander unabhängig sind. Will der Staat ohne Aenderung der bestehenden Ordnung die Freiheitssphäre des Individuums sich dienstbar machen, so ist der Vertrag die einzige rechtliche Möglichkeit, es zu tun (Jellinek, System der subj. öff. Rechte, S. 208 f.). Daraus ergibt sich die Allgemeingültigkeit der Vertragskategorie, und es bedarf keines speziellen Nachweises, in welchem Umfang die Rechts-

Digitized by Google

form des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Herzogtum Gotha zur praktischen Geltung gelangt ist.

Geht man von diesen Grundsätzen aus, so ist der Schluß gerechtfertigt, daß für den Aktienverein eine öffentlich-rechtliche Wegeunterhaltungspflicht durch Vertrag begründet worden ist. Dem Verein lag nach seiner Satzung (§ 1) die Unterhaltung einer ordnungsmäßigen Chaussee (die stete Erhaltung der Straße in baulichem Stande und Wesen) ob. Damit setzte der Verein die Unterhaltung der Straße zunächst nur als Vereinszweck. Indem er jedoch die Genehmigung zum Bau und Betrieb der Straße nach Maßgabe der Satzung von der Landesregierung erbat, gab er zugleich dieser gegenüber eine ihn zur Unterhaltung der Straße verpflichtende Erklärung ab. Daß sich diese Erklärung nicht nur an die Adresse der Konzessionsbehörde richtete, ist zu Eingang schon berührt. Es ergibt sich daraus, daß bei dem Eingreifen der Landesregierung die bautechnische Prüfung des Straßenprojektes und die Aufsicht über dessen Ausführung eine wesentliche Rolle spielten, also Fragen, die die Wegepolizei und nur diese angingen. Besonders klar trat dies auch zutage, als der Aktienverein einen Teil der Staatsstraße durch Vertrag mit der Landesregierung in eigene Verwaltung übernahm und dabei die Verpflichtung einging, diese Staatsstraßenstrecken, ebenso wie die Geratalstraße, nach Anordnung der Chausseebauinspektion stets in einem vollkommen guten Zustande zu erhalten. Alle diese Umstände nötigen zu dem Schluß, daß die Landesregierung als Wegepolizeibehörde die von dem Vereine abgegebene, die Unterhaltung der Straße betreffende Verpflichtungserklärung angenommen hat. Daß sie dies nicht mit ausdrücklichen Worten getan hat, ist unerheblich. Indem sie den Bau, die Unterhaltung und den Betrieb der Straße nach Maßgabe der Satzung genehmigte und bei der — einige Zeit später erfolgten — Ueberweisung des Staatsstraßenteils die Unterhaltungspflicht auch mit Bezug auf die Aktienstraße betonte, gab sie unzweideutig zu erkennen, daß sie in den Erklärungen des Vereins eine Uebernahme der Unterhaltungspflicht sah und damit einverstanden war. Demgegenüber kommt nichts darauf an, ob etwa auf Seiten des Vereins die Annahme bestand, die übernommene Unterhaltungspflicht sei privatrechtlicher Natur. Wird durch (publizistischen) Vertrag mit der Wegepolizeibehörde eine Wegeunterhaltungspflicht für einen anderen, als den kraft Gesetzes Wegebaupflichtigen, begründet, so spricht die Vermutung für den öffentlich-rechtlichen Charakter dieser Pflicht (OVG. 30, 256). Auch der Um-

Digitized by Google

stand, daß später (1866) von den Beteiligten die Rechtsauffassung unterhalten wurde, die Wegebaulast sei nicht von unbeschränkter Dauer und könne durch Dereliktion der Straße abgeschüttelt werden, ist ohne Belang. Denn einmal beweist dies nicht notwendig für die privatrechtliche Natur der Wegebaulast, dann aber kann aus diesen vielleicht erst nachträglich aufgekommenen Rechtsanschauungen kein Rückschluß gezogen werden. Daß der Verein sich der Erfüllung der Unterhaltungspflicht durch Auflösung entziehen konnte (§ 37 der revidierten Satzung), ist nicht gegen die Annahme des öffentlich-rechtlichen Charakters dieser Pflicht zu verwerten. Denn die unbeschränkte Dauer ist ihr nicht wesentlich, und es ist natürlich, daß sie mit dem Wegfall des verpflichteten Rechtssubjekts aufhört. Daraus, daß der Verein die Unterhaltung der Brücke bei Molsdorf durch besondere Vereinbarung mit der Landesregierung als Reallast übernommen hat, darf jedenfalls auf den Willen der Landesregierung geschlossen werden, auch bezüglich der Geratalstraße die Frage der Unterhaltungspflicht als Wegepolizeibehörde zu regeln. Dagegen ist aus diesem Umstand nicht zu folgern, daß die in bezug auf die Geratalstraße übernommene Wegebaulast öffentlich-rechtlicher Natur sei. Denn gegen den öffentlich-rechtlichen Charakter der begründeten Reallast bestehen Bedenken. Aber auch wenn man eine Reallast privatrechtlichen Inhalts annimmt, so läßt dies umgekehrt keinen irgendwie zwingenden Rückschluß auf die Rechtsnatur der von dem Verein übernommenen Wegebaulast zu. Denn bei dieser handelte es sich um die Neubegründung einer Wegebaulast, bei der Unterhaltung der Molsdorfer Brücke aber um die Uebernahme einer bestehenden Wegebaulast des Staates (vergl. RGZ. 40, 297; SeuffArch. 43 Nr. 220).

Aus alledem ergibt sich zugleich, daß es bei der Widmung der Geratalstraße für den öffentlichen Verkehr der — vorne als Begriffserfordernis aufgestellten — Zustimmung der Gemeinde, als Wegebaupflichtiger, nicht bedurfte. Denn im Hinblick auf die rechtswirksame Uebernahme der Wegebaupflicht durch einen Dritten waren die Gemeinden rechtlich nicht interessiert. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß bei Auflösung des Vereins die Wegebaupflicht auf die Gemeinden zurückfallen konnte. Diese entfernte Möglichkeit begründete zur Zeit der Einrichtung des Weges kein aktuelles rechtliches Interesse der Gemeinden, das ihre Zuziehung erforderlich gemacht hätte. Im übrigen waren, soweit ersichtlich, sämtliche beteiligten Gemeinden mit der Widmung der Straße für den öffentlichen Verkehr einverstanden; die Gemeinde Bischleben zog nur nach-

Digitized by Google

träglich ihre Beteiligung an dem Aktienverein zurück, weil ihren Wünschen in bezug auf die Straßenführung durch den Ort Bischleben nicht entsprochen wurde.

Endlich fragt es sich, ob die öffentlich-rechtliche Wegebaulast des Vereins auf den jetzigen Kläger übergegangen ist. Daß A. und G. durch Privatvertrag vom 24. Juli 1858 die Geratalstraße unter Uebernahme aller Rechte und Verbindlichkeiten kauften und zu Eigentum erwarben, bewirkte den Uebergang der öffentlich-rechtlichen Wegebaulast auf sie nicht. Denn durch einen rein privatrechtlichen Vertrag kann eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung nicht auf ein anderes Rechtssubjekt, als den ursprünglich Verpflichteten, übertragen werden (RGZ. 40, 297). Es kann sich daher nur fragen, ob dieser Rechtserfolg durch den Hinzutritt der Genehmigung der Wegepolizeibehörde nicht erzielt worden ist (vergl. SeuffArch. 43 Nr. 220). Dies muß bejaht werden. Denn der Vertrag vom 24. Juli 1858 wurde dem Staatsministerium zur Kenntnis gebracht, es wurde die Unterhaltungspflicht an der Staatsstraßenstrecke in offenbarem Gegensatz zu derjenigen an der Geratalstraße erörtert und jene Unterhaltungspflicht durch Zurücknahme des Straßenteils in staatliche Verwaltung beseitigt. Auch wurde den Erwerbern der Straße die Erhebung des Chausseegeldes — das doch ein Aequivalent für die Unterhaltung der Straße bot und bieten sollte — ebenso wie ihrem Rechtsvorgänger, dem Aktienverein, von der genannten wegepolizeilichen Oberbehörde überlassen. Unter diesen Umständen ist der Schluß nicht abzuweisen, daß das Staatsministerium, als Wegepolizeibehörde, zu dem Uebergang der Wegebaulast auf die Erwerber der Straße, wie er in dem Vertrag vom 24. Juli 1858 vorgesehen war, seine Genehmigung erteilt hat. Die entgegengesetzte Auslegung, daß unter den in diesem Vertrag bezeichneten Verbindlichkeiten nur die privatrechtlichen Verpflichtungen verstanden worden seien, ist nicht haltbar. Sie scheitert schon an der allgemeinen Fassung des Vertrages. Danach fragt es sich zuletzt noch, ob die Wegeunterhaltungspflicht, als öffentlich-rechtliche Last, im weiteren Verlauf auf den Kläger gediehen ist. Die angefochtene Entscheidung bejaht dies mit der Begründung, daß diese Pflicht von A. und G. mit Rücksicht auf den Besitz des Familiengutes St. übernommen worden sei und daher den Kläger, als den derzeitigen Gutseigentümer, treffe. Dem kann nicht beigetreten werden. Allerdings kennt das öffentliche Recht für Abgaben und Leistungen, die die Natur öffentlicher Lasten haben, bezüglich der Bestimmung des Subjekts, dem die Last obliegt, nicht lediglich, wie das Privatrecht, den Unterschied von dinglichen und

Digitized by Google

persönlichen Lasten, es hat sich vielmehr noch ein drittes Rechtsverhältnis ausgebildet, des Inhalts, daß Rechte und Pflichten mit Rücksicht auf den Grundbesitz (durch den jedesmaligen Besitzer des Grundstücks) auszuüben bezw. zu leisten sind (OVG. 30, 260; 47, 227; Germershausen I § 33 S. 455, § 12 S. 236). Indes dieser Fall liegt hier nicht vor. Dafür, daß das Abkommen vom 24. Juli 1858 eine solche mit dem Besitze des Gutes St. rechtlich verknüpfte Wegebaulast habe begründen und das Staatsministerium gerade zu dieser Form der Regelung seine Genehmigung habe erteilen wollen, fehlt es an greifbaren Anhaltspunkten. Vor allem ist der Vertrag vom 24. Juli 1858 in seinem vollständigen Wortlaut nicht bekannt und damit einer zuverlässigen Auslegung, die nur aus dem Gesamtinhalt des Vertrags, nicht aus einer fragmentarischen Inhaltsangabe gewonnen werden kann, der Boden entzogen. Dann aber spricht eine Reihe von Umständen direkt gegen die Annahme, daß die Wegebaulast mit Rücksicht auf den Besitz des Gutes übernommen worden sei. Die Wegebaulast des Aktienvereins war mit dem Besitz von Grundstücken in keiner Weise rechtlich verknüpft und auf die Lebensdauer des Vereins beschränkt. Mit ihrer Radizierung auf das Gut würde sie sonach in ihrem Inhalt verändert, auf eine ganz andere Grundlage gestellt und verewigt worden sein. Das lag sicher nicht in der Absicht der Uebernehmer. Dies um so weniger, als das Interesse des Gutes sich auf den kleineren Teil der Straße beschränkte, und die Belastung des Gutes mit den nicht unerheblichen Wegeunterhaltungskosten, zumal im Hinblick auf die bisherige schlechte Rentabilität des Straßenunternehmens, eine wirtschaftlich höchst bedenkliche Maßnahme gewesen wäre. Vor allem aber würde eine Verknüpfung der Wegebaulast mit dem Besitze des Gutes nur in der Person des A., des damaligen Gutseigentümers, denkbar sein. Bei G., dem das Gut nicht mitgehörte, würde diese Konstruktion völlig versagen. Daß er die Wegeunterhaltungspflicht mit übernahm, würde höchstens dann erklärlich sein, wenn es sich um ein Familienfideikommiß gehandelt hätte. Das war indes nicht der Fall. Die Auffassung aber, daß durch den Vertrag vom 24. Juli 1858 neben einer für den jedesmaligen Besitzer des Gutes begründeten Wegebaulast eine solche persönlich für G. konstituiert worden wäre, ist abzulehnen. Es fehlt an jedem Anhalt dafür, daß durch jenen Vertrag zwei inhaltlich verschiedene, nebeneinander bestehende Verpflichtungen geschaffen werden sollten. Richtig mag sein, daß für A. und G. beim Ankauf der

Digitized by Google

Straße die Rücksicht auf den Besitz des Gutes St., als Motiv, mitbestimmend war. Dies unausgesprochen gebliebene Motiv hat indes keine Bedeutung. Das rechtliche Gepräge der Wegebaulast wurde dadurch nicht bestimmt.

Alle diese Umstände legen die — an sich schon natürliche — Auslegung nahe, daß die Wegeunterhaltungspflicht, wie beim Aktienverein, mit dem Eigentum an der Straße verknüpft bleiben sollte. Ist dies aber der Fall, so trifft sie den Kläger nicht.

Entscheidung vom 16. Oktober 1908, B 7/08.

4. Zulässigkeit der Klage auf Verwaltungsschutz, wenn die Verwaltungsbehörde diesen aus anderen Gründen als wegen mangelnden öffentlichen Interesses ablehnt.

Als Bestandteil derjenigen Verfügung, durch die der Stadt Gotha auf Grund des Wasserleitungsgesetzes vom 1. Juni 1884 die Anlage eines Stauweihers bei Tambach genehmigt worden ist, ist vom Landratsamt Ohrdruf unterm 25. April 1902 eine Verwaltungsanordnung bezüglich der Aufstellung und Verwendung von Meßapparaten, d. h. von Einrichtungen getroffen worden, durch die der Einlauf und Ablauf des Wassers im Weiher gemessen werden soll. Darin heißt es unter Ziffer 2:

„Die Pegel müssen für jedermann und zu jeder Zeit zugänglich sein."

Der Bescheid vom 25. April 1902 ist damals rechtskräftig geworden. Ueber die Auslegung dieser Bestimmung ist jetzt ein Streit zwischen den Klägern und der Stadt Gotha entstanden. Während die Kläger für jedermann das Recht in Anspruch nehmen, die Staumauer behufs Kontrolle des Pegels zu betreten, behauptet der Stadtrat von Gotha, nur die Triebwerksbesitzer und sonstigen Nutzungsberechtigten seien nach dem Sinn der Verfügung gemeint, und schließt das Stauweihergebiet für das übrige Publikum ab, indem er die Besichtigung nur zu gewissen Zeiten und nur gegen Entgelt gestattet.

Die Kläger fordern die Oeffnung der Staumauer, soweit diese zur Kontrolle der Meßapparate nötig sei, und haben beim Landratsamt Ohrdruf eine dahingehende Auflage an den Stadtrat von Gotha in Anregung gebracht. Das Landratsamt, das in der Auslegungsfrage die Auffassung der Kläger teilt, hatte darauf durch Bescheid

Digitized by Google

vom 28. Oktober 1906 unter Berufung auf § 28 des Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 11. Juni 1858 dem Stadtrat die Unterlassung der Absperrung sowie der Erhebung von Eintrittsgeldern unter Androhung einer Geldstrafe aufgegeben. Das Staatsministerium aber hat unterm 6. Dezember 1906 auf Berufung des Stadtrats zu Gotha die Verfügung des Landratsamtes aufgehoben und dies damit begründet, die zum Vollzug zu bringende Anordnung sei so auszulegen, wie es der Stadtrat zu Gotha tue, ein Zwangsvorgehen also nicht veranlaßt. Dagegen richtet sich die Klage beim Verwaltungsgerichtshof mit dem Antrag, die Entscheidung des Herzogl. Staatsministeriums vom 6. Dezember 1906 aufzuheben und den Staatsfiskus in die Kosten zu verurteilen. Dies in dem Sinne, daß damit die Verfügung des Landratsamtes gutgeheißen, die Berufung der Stadt Gotha gegen die Verfügung also zurückgewiesen werde.

Die Einrede der Unzuständigkeit ist unbegründet. Die Zulässigkeit der Klage läßt sich nicht auf § 1 Ziff. V des Erweiterungsgesetzes vom 23. Mai 1906 (Goth. GesS. Nr. 21) gründen. Die Verfügung, um deren Auslegung sich der Streit der Interessenten dreht, ist zwar auf Grund des Wasserleitungsgesetzes von 1884 ergangen, sie ist aber keine Entscheidung dieses zwischen den Klägern und der Stadt Gotha schwebenden Streites — diese richterliche Funktion kommt dem Landratsamt nicht zu, wird von ihm auch nicht beansprucht — sie ist auch keine wasserpolizeiliche Aenderung der Genehmigungserklärung vom 25. April 1902 — als solche stellt sie sich nicht dar — sie ist vielmehr eine auf Grund des § 28 des Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 11. Juni 1858 erlassene polizeiliche Verfügung zur Durchführung einer von der Wasserpolizeibehörde getroffenen Anordnung an den Stadtrat von Gotha.

Wäre sie aufrecht erhalten worden, so wäre kein Streit über die Zulässigkeit der Klage. Denn nach § 7 Ziff. 1 des Zuständigkeitsgesetzes vom 14. November 1899 sind im Wege der Verwaltungsklage alle polizeilichen Verfügungen anfechtbar. Sie ist aber nicht aufrecht erhalten, vielmehr außer Kraft gesetzt. Gegenstand der Anfechtung ist die Entscheidung des Staatsministeriums. Dessen Inhalt soll sich nach den Ausführungen des Regierungsvertreters als Ablehnung des erbetenen Verwaltungsschutzes darstellen. Daraus wird im Anschluß an die Judikatur des Preußischen Oberverwaltungsgerichts (Entsch. (2) 2, 351, vergl. auch ThürBl. 55, 143) die Unzulässigkeit der Klage gefolgert. Die hier in Betracht kommenden

Digitized by Google

Grundsätze sind folgende: Darüber, ob ein polizeiliches Einschreiten gegen jemand geboten ist, entscheidet die Behörde nach Maßgabe der öffentlichen Interessen. Zwar darf der einzelne damit rechnen, von der Behörde im Genuß seiner subjektiven Interessen geschützt zu werden, einen Rechtsschutzanspruch aber hat er nicht. Eine Ausnahme machen hier nur die Fälle, die nach den §§ 20, 21 GewO. zu erledigen sind (vergl. § 7 Ziff. 2 des Zuständigkeitsgesetzes). Charakteristisch ist diesen, daß durch Gesetze oder Polizeiverordnungen die Vornahme von Handlungen, die von Haus aus der Ausfluß des Rechts der einzelnen Person sind, an die vorgängige polizeiliche Genehmigung geknüpft ist. Diese ist durch Klage erzwingbar, im übrigen haben die Interessenten bei der Aufsichtsbehörde Abhilfe zu suchen, deren Erwägung es überlassen bleibt, ob und in welchem Umfange zugunsten des Antragstellers vorzugehen sein möchte. Weder die Mißbilligung des passiven Verhaltens der Verwaltungsbehörde noch ihr positives Einschreiten gegen Dritte läßt sich durch Klage beim Verwaltungsgerichtshof erzwingen.

Nach diesem auch vom Verwaltungsgerichtshof gebilligten Grundsatz würde eine Verfügung der Polizeibehörde dann der Verwaltungsklage entzogen sein, wenn ein Schutzbedürfnis mangels Vorliegens eines öffentlichen Interesses verneint worden wäre. Das ist aber hier nicht der Fall. Das Landratsamt hat das öffentliche Interesse bejaht, weil es sich um den Vollzug seiner eigenen wasserpolizeilichen Verfügung handelte, und das Staatsministerium hat diesen Gesichtspunkt nicht zurückgewiesen, sondern aufgehoben, weil es die in Vollzug gesetzte Anordnung anders auslegt, als die ihm untergeordnete Behörde. Dadurch unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem ähnlichen Falle, wo die landrätliche Behörde das Gesuch von Interessenten zum Einschreiten wegen mangelnden öffentlichen Interesses ablehnt und das Staatsministerium diesen Bescheid bestätigt. Die Rechtslage ist in beiden Fällen eine verschiedene.

Das Staatsministerium hat als oberste Polizeibehörde die angefochtene Verfügung erlassen. Dadurch charakterisiert diese sich als polizeiliche Verfügung im Sinne des § 7 Ziff. 1 des Zuständigkeitsgesetzes. Der Ausnahmegrund, aus dem nach der zutreffenden Praxis der Verwaltungsgerichte gewisse polizeiliche Verfügungen der Verwaltungsklage entzogen sind, liegt nicht vor. Die Klage ist nach § 7 l. c. zulässig, der Verwaltungsgerichtshof sachlich zuständig.

Entscheidung vom 16. Oktober 1908, B 22/06.

Digitized by Google

5. Heranziehung eines Reichsbeamten im Ausland zur Gothaischen Einkommensteuer. — Zulässigkeit einer Nachbesteuerung. — Keine reformatio in pejus in Steuersachen.

Der Kläger ist deutscher Konsularbeamter in Ungarn. Er besitzt die Coburg-Gothaische Staatsangehörigkeit, lebt seit dem Juni 1890 im Auslande als Reichsbeamter. Durch Schreiben vom 2. Januar 1907 ist er benachrichtigt worden, daß er vom 1. Juli 1902 ab mit einem bestimmten Einkommen zur Staatssteuer im Herzogtum Gotha herangezogen werde. Hiergegen legte er Berufung ein, erreichte aber nur, daß der Beginn der Steuerpflicht aus Billigkeitsgründen auf den 1. Juli 1904 festgesetzt wurde.

Hiergegen richtet sich die Klage mit dem Antrag auf Anerkennung der Steuerfreiheit.

Der Kläger macht in erster Linie geltend, die Gothaische Steuergesetzgebung habe nicht die Macht, einen Coburg-Gothaer ganz allgemein ohne Rücksicht auf Wohnsitz, oder letzten Wohnsitz im Herzogtum Gotha, auf Abstammung aus diesem Landesteil, auf Besitz in ihm zur Steuer heranzuziehen. Das Steuergesetz vom 12. März 1902 soll ungültig sein, soweit es gegen die höhere Ordnung verstoße, wonach über einen Coburg-Gothaer nur die gemeinschaftliche Gesetzgebung der Herzogtümer verfügen könne.

Nach Art. 2 des Gothaischen Einkommensteuergesetzes vom 12. März 1902 sind steuerpflichtig die Staatsangehörigen des Herzogtums Sachsen-Coburg-Gotha mit Ausnahme derjenigen, . . .

c) welche ohne im Herzogtum Gotha einen Wohnsitz zu haben, seit mehr als zwei Jahren sich im Ausland dauernd aufhalten.

Auf Reichsbeamte, welche im Auslande ihren dienstlichen Wohnsitz haben und dort zu entsprechenden direkten Staatssteuern nicht herangezogen werden, findet die Ausnahme unter c keine Anwendung.

In Oesterreich-Ungarn haben die deutschen Konsularbeamten die Steuerbefreiungsvorteile der meistbegünstigten Nation (Art. 20 des Handelsvertrags vom 6. Dezember 1891, RGBl. 1892 S. 10). Der Kläger behauptet selbst nicht, daß er in Ungarn zur Staatssteuer herangezogen werde. Es darf also damit gerechnet werden, daß er dort von der Steuerpflicht befreit ist.

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Heranziehung des Klägers

Digitized by Google

zur Gothaischen Staatssteuer sind danach gegeben. Was der Kläger dagegen vorbringt, ist staatsrechtlich unhaltbar.

Der innere Grund für die Unterwerfung der Reichsbeamten unter die Steuergesetzgebung ihres Heimatstaates liegt in der Fortdauer des Schutzes und der Fürsorge für den Beamten durch das Reich und damit auch durch den Heimatstaat. Der Heimatstaat, d. h. der Staat, dem der Kläger angehört, sind die Herzogtümer Coburg und Gotha. Nach deren Verfassung (§ 118) ist die Auferlegung von Staatssteuern Sache der Gothaischen und Coburgischen Gesetzgebung. Daraus folgt, daß aus dem Gesichtspunkt des Schutzes der im Ausland lebenden Staatsangehörigen sowohl die Coburgische Gesetzgebung als auch die Gothaische Steuerausschreiben erlassen kann. Eine Trennung nach den vom Kläger gewünschten Gesichtspunkten: Coburg den Coburger, Gotha den Gothaer Landeskindern ist ausgeschlossen, weil es keine Coburger, keine Gothaer Staatsangehörige, sondern nur Coburg-Gothaische Staatsangehörige gibt. Vergl. das Gesetz vom 8. April 1879 über die Abänderung des Staatsgrundgesetzes vom 3. Mai 1852. Das Reichsgesetz wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung vom 13. Mai 1870 hindert die Gesetzgebungen von Coburg und von Gotha nicht daran, daß jede den im Ausland lebenden Reichsbeamten zur Steuer heranzieht. Wie die Bedenken gegen eine doppelte Heranziehung zu beseitigen wären, kann hier schon aus dem Grunde unerörtert bleiben, weil ein Gesetzgebungskonflikt tatsächlich nicht besteht: Coburg zieht die Reichsbeamten im Ausland zur Steuer nicht heran.

Ist das Steuerjahr abgelaufen und das Veranlagungsgeschäft abgeschlossen, so ist damit der äußerste Zeitpunkt für die Eintragung in die Steuerrolle gekommen. Eine Ausnahme hiervon macht das Einkommensteuergesetz in den Art. 53 und 54 (Steuerdefraudation). Hier behandelt es die Voraussetzungen, unter denen eine Nachbesteuerung zulässig ist. Weitere Ausnahmen, etwa Nachbesteuerung wegen einer durch Irrtum des Steuerpflichtigen oder der Steuerbehörden veranlaßten Verkürzung des Staates kennt das Gesetz nicht. Es weicht darin von seinem Vorbilde, dem Preußischen Einkommensteuergesetz vom 24. Juni 1891 § 80 ab, das bei Uebergehung des Steuerpflichtigen, ohne daß eine strafbare Steuerhinterziehung stattgefunden hat, zur Nachzahlung auf 3 Steuerjahre verpflichtet.

Der Fall der Steuerhinterziehung liegt hier, wo schon im Jahre 1904 deklariert worden ist, nicht vor.

Digitized by Google

Die Berufungskommission hat versehentlich in pejus reformiert. Das ist unzulässig. Die Berufung des Steuerpflichtigen wegen zu hoher Besteuerung kann nicht dahin führen, daß er noch höher besteuert wird.

Entscheidung vom 22. November 1907, B 7/07.

IV. Aus der Praxis des Amtsgerichts Ilmenau.

Mitgeteilt von Herrn Amtsgerichtsrat Hansen.

Ueber die Zeit der Polizeistunde im Großherzogtum Sachsen.

Der Angeklagte befindet sich im Irrtum über die Zeit der Polizeistunde. Er nimmt an, die in Ilmenau gültige Polizeistunde wäre 1 Uhr bezw. 2 Uhr nachts, wie angeblich auch in anderen Städten des Großherzogtums. Das ist eine zwar vielverbreitete Meinung, die sogar in Polizeiverfügungen zum Ausdruck gekommen ist, die aber unrichtig ist.

Die Polizeistunde ist für das ganze Großherzogtum Sachsen einheitlich geregelt durch die Ministerialverfügung vom 12. Juli 1875. Diese hebt in den einleitenden Worten ausdrücklich hervor, daß sie „unter Aufhebung der sämtlichen bisher allgemein oder an einzelnen Orten gültigen Bestimmungen für das ganze Großherzogtum" ergehe. § 1 erklärt und setzt die Polizeistunde fest. In § 2 Abs. 1 wird den Polizeibehörden erlaubt, eine frühere und in Absatz 2 eine spätere Polizeistunde festzusetzen, sowie in besonders unbedenklichen Fällen davon abzusehen, die Gäste zum Gehen auffordern zu lassen. § 3, die Schlußbestimmung, verweist auf die Strafvorschrift des § 365 StGB. — Von diesen Bestimmungen kommen mithin für die vorliegende Frage nur § 1 und § 2 Abs. 2 in Betracht. Sie lauten wörtlich, wie folgt:

§ 1. „Die Polizeistunde, das ist diejenige Stunde der Nacht, über welche hinaus regelmäßig das Verweilen in Schankstuben oder an öffentlichen Vergnügungsorten sowie die Abhaltung öffentlicher Tänze polizeilich nicht gestattet ist, wird für Schanklokale und öffentliche Vergnügungsorte auf 11 Uhr nachts, für öffentliche Tänze auf 12 Uhr nachts bestimmt."

§ 2 Abs. 2. „Dieselben, d. h. die Polizeibehörden, sind ferner ermächtigt, unter besonderen Umständen für einzelne Fälle ausnahmsweise eine spätere Nachtstunde als Polizeistunde zu bestimmen."

Digitized by Google

Nach § 1 ist also für das ganze Großherzogtum Sachsen die Polizeistunde auf 11 Uhr, bezw. bei Tanzvergnügungen auf 12 Uhr nachts festgesetzt. Das ist die allgemein gültige Regel. Eine Ausnahme bringt der § 2 Abs. 2, wonach „unter besonderen Umständen für einzelne Fälle ausnahmsweise" Verlängerung stattfinden darf. Wie schon die Häufung dieser Einschränkungen beweist, darf diese Verlängerung nur ganz ausnahmsweise, nur von Fall zu Fall, gewährt werden, nicht aber allgemein, nicht ein für allemal, nicht als Regel.

Von dieser Ermächtigung § 2 Abs. 2 hat auch die Ilmenauer Polizeiverwaltung Gebrauch gemacht und unterm 9. Mai 1901, 24. März 1902 und 4. September 1907 Bestimmungen hinsichtlich der Polizeistunde getroffen. In ihnen ist — abgesehen von der verkürzten Polizeistunde für Lokale mit weiblicher Bedienung — die Polizeistunde für alle Gastwirtschaften Ilmenaus ein für allemal auf 1 Uhr Wochen-, bezw. auf 2 Uhr Sonn- und Feiertags festgesetzt. Es leuchtet auf den ersten Blick ein, daß diese Verfügung der hiesigen Polizei mit der Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 2 der Ministerialverfügung in Widerspruch steht. Denn nach dieser dürfen, wie oben dargelegt, die Polizeibehörden die landesübliche 11-Uhr-Polizeistunde nur ausnahmsweise, nur für einzelne Fälle, also von Fall zu Fall, verlängern. In Ilmenau hingegen hat man die Polizeistunde seit langen Jahren ständig ein für allemal bis 1 Uhr bezw. 2 Uhr verlängert. Die Ausnahme ist also zur Regel geworden. Die Ilmenauer Polizeiverwaltung ist vielmehr nur berechtigt, genau so, wie sie es bei Verlängerung der Tanzpolizeistunde tut, für eine einzelne Wirtschaft an einem einzelnen Abend die Polizeistunde um eine bestimmte Zeit zu verlängern. — Weil sonach diese städtische Polizeiverfügung im vollsten Widerspruch zu der Ministerialverfügung steht, und weil sie selbstverständlich diese Ministerialverfügung nicht abändern oder aufheben kann, so folgt, daß sie selbst null und nichtig ist. Polizeistunde ist deshalb auch in Ilmenau regelmäßig um 11 Uhr bezw. 12 Uhr, und nur, wenn die Polizei in einem einzelnen Falle ausdrücklich eine spätere Stunde erlaubt, so gilt dies für den betreffenden Abend und das betreffende Lokal als Polizeistunde.

Digitized by Google

Zusammenstellung

der in den zum Oberlandesgericht Jena vereinigten Thür. Staaten im Jahre 1908 ergangenen Landesgesetze, Verordnungen 2c., soweit sie für die Praxis der Gerichte von besonderem Interesse sind.

Aufgestellt von Sekretär Helmrich.

1. Großherzogtum S.-Weimar.

Blutlaus. Minist. Verordnung zur Bekämpfung der Blutlaus v. 18./4. 08.

Dampfkessel. Minist. Verordnung, betr. Nachtrag zu den VO. v. 21./5. 84 und 26./9. 91 über die Anlegung und Prüfung von Dampfkesseln, v. 26./3. 08.

Einkommensteuergesetz v. 11./8. 08.

Gerichtsvollzieher. Minist. Verordnung v. 30./9. 08, betr. Abänderung der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher v. 8./3. 01. (Vergl. auch Abänderung des § 95c v. 3./11. 08.)

Grundbuchwesen. Verordnung v. 11. und 12./3. 08, betr. das Grundbuchwesen. Minist. Verordnung, betr. die Herstellung der Unterlagen für die Grundbuchanlegung durch die Vermessungsämter, v. 23./12. 08.

Juristische Prüfungen. Verordnung, betr. die Vorschriften über die jurist. Prüfungen und die Vorbereitung zum höheren Justizdienst, v. 22./7. 08.

Kraftfahrzeuge. Nachtrag v. 10./12. 08 zur Minist. Verordnung v. 5./9. 06, betr. den Verkehr mit Kraftfahrzeugen.

Kunstgewerbeschule. Minist. Bekanntmachung, betr. die Satzungen der Großherzl. Kunstgewerbeschule zu Weimar, v. 1./4. 08.

Militäranwärter. Verordnung, betr. die Anstellung von Militäranwärtern und Inhabern des Anstellungsscheins, sowie Grundsätze für die Besetzung der mittleren und Unterbeamtenstellen, v. 24./6. 08.

Mündelgelder. Minist. Verordnung, betr. Anlegung von Mündelgeldern bei der Sparkasse zu Vacha, v. 25./6. 08.

Sonn- und Festtage. Gesetz über die Heilighaltung der Sonn- und Festtage, v. 21./5. 08. — Ausführungsverordnung hierzu v. 26./5. 08.

Sparkassen. Minist. Verordnung v. 23./5. 08 betr. Satzungen der städtischen Sparkasse zu Vacha. — Anlegung von Mündelgeldern das. v. 24./6. 08. — Desgl. Aenderungen des Statuts der Sparkasse zu Vieselbach v. 1./10. 08.

Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie. Minist. Bekanntmachung v. 8./2. 08 zur Ausführung des Reichsgesetzes v. 9./1. 07.

Vereinsgesetz. Minist. Verordnung v. 19./5. 08 zur Ausführung des Reichs-Vereinsgesetzes v. 19./4. 08.

Vermessungsämter. Minist. Verordnung, betr. die Herstellung der Unterlagen für die Grundbuchanlegung durch die Vermessungsämter, v. 23./12. 08.

Volksschullehrer. Gesetz über die Besoldung der Volksschullehrer und -lehrerinnen v. 18./3. 08.

Wechsel- und Scheckproteste. Minist. Verordnung v. 30./9. 08.

Digitized by Google

2. Herzogtum S.-Meiningen.

Apotheken. Ausschreiben, betr. Apotheken-Betriebsordnung, v. 3./10. 08.

Auslieferungsverkehr. Ausschreiben, betr. den Auslieferungsverkehr zwischen dem Deutschen Reich und der Schweiz, v. 22./8. 08. — Desgl. mit Schweden, v. 17./10. 08.

Dampffässer. Ausschreiben, betr. die Einrichtung und den Betrieb von Dampffässern, v. 11./4. 08.

Gemeindeordnung. Gesetz v. 27./1. 08, betr. Aenderung der Art. 17, 19 der Gemeindeordnung v. 16./3. 97.

Gerichtsvollzieher. Ausschreiben, betr. eine Aenderung der Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher, v. 16./10. 08. (Vergl. auch Ausschreiben v. 25./9. 08, betr. Scheck- u. Wechselprotest.)

Gifte. Ausschreiben, betr. den Handel mit Giften, v. 31./12. 08.

Handelsregister. Ausschreiben, betr. Führung des Handelsregisters, v. 3./10. 08 und 5./10. 08.

Jagd. Ausschreiben, betr. die Schonzeit des Wildes, v. 15./12. 08.

Juristische Prüfung. Verordnung v. 23./7. 08, betr. die juristischen Prüfungen und die Vorbereitung zum höheren Justizdienst.

Kraftmotore. Ausschreiben, betr. Aufstellung, Beschaffenheit und Betrieb von beweglichen Kraftmaschinen, v. 8./10. 08.

Milch. Ausschreiben, betr. den Verkehr mit Milch, v. 25./3. 08.

Mineralwässer. Ausschreiben, betr. die Herstellung und den Vertrieb von künstlichen Mineralwässern und anderen kohlensäurehaltigen Getränken, v. 13./11. 08.

Radfahrverkehr. Ausschreiben, betr. den Radfahrverkehr, v. 31./3. 08.

Scheckprotest. Ausschreiben, betr. den Scheckprotest und Scheckprozeß, v. 5./4. 08. — Desgl. betr. den Wechsel- und Scheckprotest, v. 25./9. 08.

Strafnachrichten. Ausschreiben, betr. die Mitteilung von Strafnachrichten an die Königl. Griechische Regierung, v. 25./1. 08.

Strafregister. Ausschreiben, betr. die Erteilung von Strafregister-Auszügen im Verkehr mit österr. Behörden, v. 27./4. 08. — Desgl. v. 18./9. 08.

Vereinsgesetz. Ausschreiben zur Ausführung des Reichsvereinsgesetzes, v. 16./5. 08.

Viehseuchen. Ausschreiben, betr. Viehseuchen, v. 7./11. 08.

Vogelschutz. Ausschreiben, betr. den Schutz von Vögeln, v. 3./11. 08.

Volksschulgesetz v. 3./1. 08. — Gesetz v. 6./11. 08, betr. die allgem. Lehrerwitwenkasse und das Volksschulgesetz v. 3./1. 08.

Wechsel. Ausschreiben, betr. Mitteilung von Wechselabschriften bei Zuwiderhandlungen gegen das Wechselstempelsteuergesetz, v. 8./9. 08. — Desgl. betr. den Wechsel- und Scheckprotest, v. 25./9. 08.

Wild. Ausschreiben, betr. die Schonzeit des Wildes, v. 15./12. 08.

Zustellungen. Ausschreiben, betr. das bei der Pfändung der Gehälter oder der Pensionen von Beamten der Schutzgebiete zu beobachtende Verfahren, v. 10./10. 08. — Desgl. Aenderung des § 46 Abs. 3 der Vorschriften über die im Auslande zu erledigenden Ersuchungsschreiben der Justizbehörden v. 15./12. 08.

Digitized by Google

3. Herzogtum S.-Altenburg.

Bornasche Krankheit. Minist. Verordnung, Maßregeln zur Abwehr und Unterdrückung der Gehirn- und Rückenmarkentzündung und der Gehirnentzündung der Pferde betr., v. 28./2. 08.

Fleischbeschau. Minist. Verordnung über die weitere Ausführung des Reichsgesetzes, betr. die Schlachtvieh- und Fleischbeschau, v. 23./10. 08.

Gebühren. Minist. Verordnung, die gerichtsärztlichen Gebühren betr., v. 13./3. 08. — Verordnung, die Verwaltung der Reichsstempelabgaben und der statistischen Gebühren betr., v. 26./3. 08.

Geflügel. Minist. Bekanntmachung betr. die Abänderung der Bestimmungen über die Beseitigung von Ansteckungsstoffen bei der Beförderung von lebendem Geflügel auf Eisenbahnen, v. 17./1. 08.

Grundstückzusammenlegung. Gesetz, betr. die Abänderung des Gesetzes v. 17./4. 89 über Zusammenlegung von Grundstücken, v. 17./3. 08.

Juristische Prüfung. Verordnung, betr. die juristischen Prüfungen und die Vorbereitung zum höheren Justizdienste, v. 23./6. 08.

Krankenversicherung. Minist. Verordnung, die Erstreckung der Krankenversicherungspflicht auf staatliche Arbeiter und Angestellte betr., v. 25./2. 08.

Lastfuhrwerke. Minist. Verordnung, betr. Lastfuhrwerke, v. 1./5. 08.

Lotterie. Gesetz, betr. das Verbot des Privathandels mit Staatslotterielosen und des Handels mit Anteilen und Abschnitten von Losen zu Privatlotterien und Ausspielungen, v. 17./3. 08.

Meistertitel. Minist. Verordnung, betr. die Führung der Titel „Baumeister" und „Baugewerksmeister", v. 18./9. 08.

Militäranwärter. Minist. Verordnung, betr. die Besetzung der mittleren Kanzlei- und Unterbeamtenstellen mit Militäranwärtern, v. 9./5. 08.

Mündelgeld. Minist. Verordnung, die Anlegung von Mündelgeld bei öffentl. Sparkassen betr., v. 1./4. 08.

Radfahrverkehr. Minist. Verordnung betr. den Radfahrverkehr, v. 28./2. 08.

Sonn- und Feiertage. Gesetz, betr. die Abänderung des Gesetzes v. 25./11. 97, betr. die äußere Heilighaltung der Sonn- und Feiertage, v. 17./3. 08. — Minist. Verordnung betr. Abänderung der Ausführungsverordnung v. 25./11. 97 zum Gesetze über die Heilighaltung der Sonn- und Feiertage, v. 17./3. 08.

Sonntagsruhe. Minist. Verordnung, betr. Abänderung der Verordnung v. 28./5. 92 über die Sonntagsruhe im Gewerbe der Bäcker und im Handelsverkehr der Fleischer, v. 12./5. 08. — Desgl. v. 24./9. 08.

Stempelsteuer. Minist. Verordnung zur Ergänzung der Ausführungsverordnung v. 1./3. 00 zum Gesetze betr. die Stempelsteuer, v. 5./10. 08.

Strafregister. Minist. Bekanntmachung, die Erteilung von Strafregisterauszügen im Verkehr mit österr. Behörden betr., v. 27./4. 08. — Desgl. v. 17./10. 08.

Vereinsgesetz. Minist. Verordnung zur Ausführung des Reichsvereinsgesetzes, v. 12./5. 08.

Viehseuchen. Minist. Verordnung, Maßregeln zur Abwehr und Unterdrückung der als Influenza der Pferde bezeichneten Krankheit betr., v. 18./8. 08.

Digitized by Google

4. Herzogtum S.-Coburg und -Gotha.

a) Coburger Gesetze.

Arzneimittel. Verordnung über den Verkehr mit Arzneimitteln außerhalb der Apotheken, v. 3./2. 08 und 20./3. 08.

Einkommensteuergesetz v. 2./12. 08.

Güterhandel. Gesetz, betr. die Besteuerung des Güterhandels, v. 17./12. 08.

Radfahrverkehr. Verordnung, betr. den Radfahrverkehr v. 2./1. 08 und 9./5. 08.

Reisekosten. Verordnung, die Tagegelder und Reisekosten coburgischer Staatsbeamten betr., v. 3./1. 08.

Stadtordnung. Minist. Bekanntmachung, betr. die Abänderung der Stadtordnuug für die Stadt Rodach, v. 6./4. 08.

Viehseuchen. Verordnung, betr. die Anzeigepflicht für die als Influenza der Pferde bezeichneten Krankheiten, v. 21./10. 08.

b) Gothaische Gesetze.

Bauordnung. Gesetz, die Abänderung der Bauordnung betr., v. 15./4. 08.

Landwirtschaftskammer. Wahlordnung für die Wahlen zur Landwirtschaftskammer, v. 19./2. 08.

Radfahrverkehr. Verordnung über einen Nachtrag zu der Verordnung, betr. den Radfahrverkehr, v. 14./4. 08.

Reisekosten. Verordnung, die Tagegelder und Reisekosten der Staatsbeamten betr., v. 2./1. 08 und 3./1. 08.

Verbrennungsmotore. Verordnung, betr. die Aufstellung von Gas-, Benzin-, Petroleum-, Spiritus-, Sauggas- und sonstigen Verbrennungsmotoren, v. 3./10. 08.

Viehseuchen. Verordnung, betr. die Anzeigepflicht für die als Influenza der Pferde bezeichneten Krankheiten, v. 3./10. 08.

c) Gemeinschaftliche Gesetze.

Bürgerliches Gesetzbuch. Gesetz zur Abänderung des Ausführungsgesetzes zum BGB., v. 18./3. 08.

Juristische Prüfungen. Verordnung, betr. die juristischen Prüfungen und die Vorbereitung zum höheren Justizdienste, v. 29./7. 08.

Landesgrenze. Minist. Bekanntmachung, enth. den Staatsvertrag zwischen dem Königreich Bayern und dem Herzogt. S.-Cob.-Gotha v. 1./2. 07 betr. . . . die Vereinigung der Landesgrenze v. 22./1. 08.

Mündelgelder. Nachtrag zur Ministerialverfügung v. 28./12. 99 betr. die Anlegung von Mündelgeldern, v. 2./3. 08.

Notariat. Verordnung, betr. Abänderung der Ausführungsverordnung zur Notariatsordnung, v. 30./9. 08.

Sachverständigenkammern. Minist. Bekanntmachung, betr. die Bildung gemeinschaftl. Sachverständigenkammern für Werke der bildenden Künste und für Werke der Photographien, v. 1./4. 08.

Vereinsgesetz. Verordnung zur Ausführung des Vereinsgesetzes, v. 11./5. 08.

Digitized by Google

5. Fürstentum Schwarzburg-Rudolstadt.

Azetylen. Polizeiverordnung zur Erweiterung der Polizeiverordnung, betr. die Herstellung, Aufbewahrung und Verwendung von Azetylen sowie Lagerung von Karbid, v. 7./8. 08.

Einkommensteuer. Gesetz, betr. die Abänderung des Einkommensteuergesetzes, v. 13./3. 08. — Verordnung, betr. die Abänderung der Verordnung über die Ausführung des Einkommensteuergesetzes, v. 22./6. 08.

Gebäudesteuer. Gesetz, betr. die Abänderung des Gebäudesteuergesetzes v. 13./3. 08. — Minist. Bekanntmachung, betr. die Abänderung der Anweisung III und IV für das Verfahren bei der Fortschreibung der Gebäudesteuerrollen und bei Erhebung der Grund- und der Gebäudesteuer, v. 13./6. 08.

Juristische Prüfung. Verordnung, betr. die Vorschriften über die juristischen Prüfungen und die Vorbereitung zum höheren Justizdienst, v. 23./6. 08.

Radfahrverkehr. Polizeiverordnung, betr. den Radfahrverkehr, v. 30./12. 07. — Desgl. Ergänzung hierzu v. 5./6. 08.

Reichsstempelabgaben. Minist. Bekanntmachung, betr. die Verwaltung der Reichsstempelabgaben und der statistischen Gebühr, v. 31./3. 08.

Sachverständigenkammer. Minist. Bekanntmachung, betr. die Errichtung von Sachverständigenkammern für Werke der bildenden Künste und der Photographie, v. 27./3. 08.

Vereinsgesetz. Verordnung zur Ausführung des Vereinsgesetzes, v. 26./5. 08.

Viehseuchen. Minist. Verordnung, betr. die Einfuhr von Rindern und Schafen aus Oesterreich-Ungarn in den städtischen Schlachthof, v. 20./2. 07. — Verordnung, die Bekämpfung der Influenza der Pferde betr., v. 16./10. 08.

Wartegeld. Gesetz, betr. das gesetzliche Wartegeld der zur Disposition gestellten Staatsbeamten, v. 13./3. 08.

6. Fürstentum Reuß ä. L.

Fleischbeschau. Reg.-Bekanntmachung, die Fleischbeschau- und Schlachtungsstatistik betr., v. 1./12. 08.

Juristische Prüfungen. Verordnung, betr. die Einführung neuer Vorschriften über die juristischen Prüfungen und die Vorbereitung zum höheren Justizdienst, v. 28./7. 08.

Kinematographen. Reg.-Verordnung, die Vorführung mit Kinematographen betr., v. 17./7. 08.

Landtagswahlbezirke. Reg.-Bekanntmachung, betr. Abänderung der Wahlabteilungen in den bestehenden Landtagswahlbezirken, v. 26./2. 08.

Meistertitel. Reg.-Verordnung, betr. die Führung der Titel „Baumeister" und „Baugewerksmeister", v. 23./9. 08.

Mündelgelder. Reg.-Verordnung, betr. Anlegung von Mündelgeldern bei der Sparkasse zu Pohlitz, v. 18./7. 08.

Radfahrverkehr. Reg.-Verordnung, betr. Aenderung der Vorschriften über den Radfahrverkehr, v. 30./3. 08.

Reichsstempelgesetz. Reg.-Verordnung, betr. Aenderung der Ausführungsvorschriften zum Reichsstempelgesetz, v. 27./3. 08.

Digitized by Google

Sachverständigenkammern. Reg.-Bekanntmachung, betr. die Sachverständigenkammern für Literatur und Tonkunst sowie für bildende Künste und Photographie, v. 11./3. 08.

Sachverständigenverein. Reg.-Bekanntmachung, betr. die Zusammensetzung des gemeinsch. gewerbl. Sachverständigenvereins, v. 29./5. 08.

Urheberecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie. Reg.-Bekanntmachung v. 10/3. 08 zur Ausführung des Reichsgesetzes v. 9./1. 07.

Vereinsgesetz. Reg.-Verordnung zur Ausführung des Vereinsgesetzes, v. 13./5. 08.

Viehseuchen. Reg.-Verordnung, betr. Maßregeln zur Abwehr und Unterdrückung der Influenza der Pferde, v. 26./9. 08.

7. Fürstentum Reuß j. L.

Gemeindebeamte. Gesetz, betr. den Ruhegehalt und das Wartegeld der berufsmäßigen Gemeindebeamten sowie die Fürsorge für ihre Hinterbliebenen, v. 25./1. 08.

Juristische Prüfungen. Verordnung, betr. die juristischen Prüfungen und die Vorbereitung zum höheren Justizdienste, v. 29./7. 08.

Meistertitel. Minist. Verordnung, betr. die Führung der Titel „Baumeister" und „Baugewerksmeister", v. 8./9. 08.

Milch. Minist. Verordnung, betr. den Verkehr mit Kindermilch, v. 12./6. 08 (Amtsbl. S. 271).

Militäranwärter. Minist. Bekanntmachung, betr. die Besetzung der mittleren, Kanzlei- und Unterbeamtenstellen . . . mit Militäranwärtern und Inhabern des Anstellungsscheines nebst Grundsätzen für die Besetzung dieser Stellen, v. 8./1. 08.

Motore. Minist. Verordnung, die Aufstellung, die Beschaffenheit und den Betrieb beweglicher Kraftmaschinen betr., v. 1./8. 08.

Radfahrverkehr. Minist. Verordnung, betr. einen Zusatz zur Verordnung über den Radfahrverkehr, v. 25./3. 08.

Reichsstempelgesetz. Minist. Bekanntmachung, betr. Ausführung des Reichsstempelgesetzes, v. 24./3. 08 (Amtsbl. S. 131). — Desgl. v. 20./3. 08 (Amtsbl. S. 152).

Sachverständigen-Kammern. Minist. Bekanntmachung, die gemeinschaftl. Sachverständigenkammern für die Werke der Literatur und der Tonkunst ꝛc. betr. v. 10./3. 08 (Amtsbl. S. 118). — Desgl. v. 22./7. 08 (Amtsbl. S. 335).

Scheckgesetz. Minist. Verfügung, das Scheckgesetz betr., v. 15./4. 08 (Amtsbl. S. 181).

Schlachtviehversicherung. Gesetz, enthaltend einen Nachtrag, betr. die staatliche Schlachtviehversicherung, v. 22./1. 08. — Ausführungsverordnung hierzu v. 14./4. 08.

Sonntagsfeier. Gesetz, betr. die Feier der Sonn- und Festtage, v. 20./1. 08.

Sparkassen. Gesetz, betr. die öffentlichen Sparkassen, v. 24./1. 08.

Strafregister. Minist. Bekanntmachung, betr. die Erteilung von Strafregisterauszügen im Verkehr mit den österr. Behörden, v. 20./3. 08 (Amtsbl. S. 133). — Desgl. v. 26./9. 08 (Amtsbl. S. 408).

Digitized by Google

Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie. Minist. Bekanntmachung zur Ausführung dieses Gesetzes v. 10./3. 08 (Amtsbl. S. 117).

Vereinsgesetz. Minist. Verordnung, betr. Ausführung des Vereinsgesetzes, v. 15./5. 08.

Viehseuchen. Verordnung, betr. Bekämpfung der Schweinekrankheiten, v. 20./12. 07 (Amtsbl. 1908 S. 113). — Desgl. betr. die Bekämpfung der Influenza der Pferde, v. 18./9. 08 (Amtsbl. S. 399); Belehrung hierzu Amtsbl. S. 418.

Wechselprotest. Minist. Verfügung, betr. den Wechsel- und Scheckprotest, v. 5./10. 08 (Amtsbl. S. 459).

Bücherbesprechungen.

1. Fehr, Dr. Hans (Professor des deutschen Rechts in Jena). Der Zweikampf. Berlin (Karl Curtius) 1908. Geh. 2 M.

Die Tagung der Ortsgruppe der „Antiduell-Liga" im Sommer 1907 in Jena und die dabei in der Presse wiederholt aufgestellte Behauptung, daß der Zweikampf kein germanisches Institut, sondern aus Spanien und Frankreich im 16. und 17. Jahrhundert zu uns eingewandert sei, geben dem Professor Dr. Hans Fehr in Jena den äußeren Anlaß, diese Frage von neuem zu untersuchen. Die Ergebnisse seiner Forschungen, die er zunächst als Antrittsrede und sodann in der erweiterten Form der vorliegenden Schrift der Oeffentlichkeit unterbreitet hat, sind nicht nur für den Juristen, sondern für jeden Gebildeten im höchsten Grade lehrreich. Sie zeigen an der Hand eines umfangreichen Quellenmaterials, welches in Anmerkungen ausführlich mitgeteilt wird, daß der Zweikampf, d. h. der Kampf, bei dem sich zwei Männer nach erfolgter Herausforderung mit den Waffen gegenübertreten, um einen Streit durch Kampf auszufechten, bis einer Sieger bleibt oder beide vom Kampfe abstehen, eine urgermanische, schon in ihrem aus der ältesten Zeit überlieferten Vorkommen an das heutige Duell erinnernde Einrichtung ist, daß von dieser ältesten Zeit an die Entwicklungslinie bis zu unserem heutigen Duell über die gottesgerichtlichen Kämpfe, die Zweikämpfe innerhalb der Kampfgerichte, die mittelalterlichen Privatzweikämpfe innerhalb der ritterschaftlichen Kreise, der Kreise des Heeres, aber auch der Lebenskreise der Bauern und Bürger (!) sich verfolgen läßt. Sie zeigen endlich, daß unser heutiges Duellwesen, seinem Kern nach also eine gut deutsche Einrichtung, nur in den äußeren Formen und in der Ueberspannung des Ehrbegriffs, der Empfindlichkeit, die bei jeder Kleinigkeit nach Genugtuung mit der Waffe schreit, fremdländische, romanische Bestandteile in sich aufgenommen hat. Diese Ueberspannung bezeichnet der Verfasser mit Recht als eine Entartung der aus deutschen Elementen aufgebauten, aus deutschem Geiste geborenen Institution. Und diese Entartungserscheinungen, deren Rückbildung übrigens in neuester Zeit allerorten zu bemerken ist, bekämpft der Gesetzgeber mit Fug und Recht. Ob darüber hinaus die strafrechtliche Verfolgung des Zweikampfs schlechthin den Anforderungen eines deutschen Strafrechts entspricht, diese Frage will der Verfasser nicht beantworten, ja er meint, daß hierfür seine Untersuchungen irrelevant seien. Dem widerspreche ich. Für den unvoreingenommenen deutschen Gesetzgeber, der vor Schlagworten keine Furcht haben darf und nicht nach einer vermeintlichen Allerweltskultur zu streben, sondern die Entwicklungslinie der bodenständigen Kultur seines Volkstums zu verfolgen hat, müssen solche wertvolle Feststellungen wie die des Verfassers unter allen Umständen beachtlich sein.

2. Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuche, 8. Auflage, bearbeitet von Reichsgerichtsrat H. Könige, Justizrat Dr. J. Stranz,

Digitized by Google

Justizrat A. Pinner. Nachtrag, betreffend die Börsentermingeschäfte, die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte und die Differenzgeschäfte nach dem Gesetze betr. Aenderung des Börsengesetzes vom 8. Mai 1908 und nach dem BGB. (§§ 762. 764). Berlin (Guttentag). 1909. 1,80 M.

Der Exkurs zu § 376 in der 8 Auflage des Staub'schen Kommentars zum HGB., der die Börsentermingeschäfte und des Differenzgeschäft behandelte, war durch die Novelle zum Börsengesetz vom 8. Mai 1908 überholt. Die Verfasser haben sich daher zur Herausgabe des vorliegenden Nachtrags entschlossen, der den genannten Exkurs in völliger Neubearbeitung bringt. Mit Recht heben sie im Vorwort die ungewöhnlichen Schwierigkeiten hervor, die die Börsengesetznovelle der Auslegung bietet und die auf der Kompromißnatur dieses viel und heiß umstrittenen Rechtsgebiets beruhen. Ohne Uebertreibung wird man sagen können, daß die Verfasser diese Schwierigkeiten in geradezu musterhafter Weise überwunden haben. Die systematischen Erläuterungen des neuen Rechts, die in vier Abschnitten das erlaubte Börsentermingeschäft (mit der Unterscheidung zwischen offiziellem und inoffiziellem), das verbotene Börsentermingeschäft, das handelsrechtliche Lieferungsgeschäft in Getreide und Erzeugnissen der Getreidemüllerei und die Differenzgeschäfte behandeln, sowie die im fünften Abschnitte gegebene Darstellung des Rechts der Uebergangszeit sind schlechterdings erschöpfend und vom juristischen wie vom verkehrstechnischen Standpunkte aus gleichermaßen ausgezeichnet. In Einzelheiten mag man andrer Meinung sein: z. B. bin ich es bzüglich der Auslegung des § 58 Satz 2 in Anm. 29 und bzüglich der Abtretbarkeit einer (nicht bestehenden) Forderung aus einem ungültigen Börsentermingeschäft zum Zwecke der Aufrechnung gemäß § 56 in der Hand eines Dritten (Anm. 53). Das Gesetz und seine Ausleger werden die Feuerprobe in der Praxis des Verkehrs und der Gerichte zu bestehen haben. Dort wird sich auch zeigen, ob das mit der Neuordnung erstrebte Ziel, den an der Börse beteiligten Kreisen unter Wahrung der Interessen der Gesamtheit einen annehmbaren modus vivendi zu schaffen, erreicht worden ist.

3. Häsſelbarth, Dr. (Landrichter in Altenburg), Das Staats- und Verwaltungsrecht des Herzogtums Sachsen-Altenburg. Hannover (Dr. Max Jänecke) 1909. Geb. 6 M.

Als 7. Band der von Scholz und Storck herausgegebenen „Bibliothek des öffentlichen Rechts", die eine Sammlung gemeinverständlicher Darstellungen des Staats- und Verwaltungsrechts der wichtigsten Kulturstaaten der Gegenwart bringen soll, erscheint das von Landrichter Dr. Häsſelbarth bearbeitete Staats- und Verwaltungsrecht des Herzogtums Sachsen-Altenburg. Das Buch behandelt nach einer Einleitung, die über Lage, Größe, Einwohnerzahl und Geschichte des Herzogtums Auskunft gibt, im ersten Teile die Organe, im zweiten die Funktionen des Staates. Der erste Teil beschäftigt sich zunächst mit dem Oberhaupte, wobei Regentschaft, Stellvertretung und Regierungsnachfolge erörtert und ein besonderer Abschnitt der Geschichte des Domänenvermögens und seiner jetzigen Rechtslage gewidmet wird. Alsdann folgen die Rechtsverhältnisse der Volksvertretung (des Landtags), der Staatsämter, der Beamten, der Selbstverwaltungskörper und der Untertanen. Im zweiten Teile findet die Darstellung der Grundsätze über Gesetzgebung, Justiz, innere Verwaltung, Finanzwesen, Kirche und Schule ihren Platz. Das Gesetzgebungsmaterial ist aus den vielen Jahrgängen der Gesetzsammlung sorgfältig zusammengetragen und bis auf die neueste Zeit berücksichtigt, ein Nachtrag bringt sogar den Inhalt der in der Landtagstagung Frühjahr 1909 beschlossenen noch nicht veröffentlichten Gesetze. Auch vielfache Ministeralverordnungen, die nicht publiziert sind, hat der Verfasser verwertet. Bei der Fülle des Stoffs und der offensichtlich vorgeschriebenen Raumbeschränkung war es selbstverständlich nicht möglich, im allgemeinen mehr als die Hauptgrundzüge der einzelnen Rechtsinstitute darzustellen; für die Einzelheiten mußte auf die Gesetze selbst verwiesen werden. Nur vereinzelt finden sich selbstständige wissenschaftliche Erörterungen, wie z. B. S. 111 über die rechtliche Natur der sog. Altgemeinde, S. 138 über die Auslegung des § 20 des Grundgesetzes — die hier ztierte Oberlandesgerichtsentscheidung ist übrigens in den ThürBl. Bd. 54 S. 122 veröffentlicht —, S. 144 über die Zulässigkeit des

Digitized by Google

Rechtswegs. Im einzelnen drängt sich natürlich beim Lesen noch mancher Wunsch nach eingehender Erörterung auf. Jedoch muß man sich, da es sich um eine sog. gemeinverständliche Darstellung des öffentlichen Rechts Altenburgs handelt, klar sein, daß diese nicht mit zu viel wissenschaftlichem Ballast beschwert werden durfte. Das Ziel jedenfalls, den reichen Stoff auf dem zur Verfügung stehenden Raum in übersichtlicher Weise in seinen Hauptgrundzügen mitzuteilen, hat der Verfasser voll erreicht, und namentlich nach der formalen Seite, was Verständlichkeit, Flüssigkeit und Klarheit der Darstellung anlangt, verdient seine Arbeit alles Lob. Zur Orientierung und ersten Einarbeitung in das öffentliche Recht Altenburgs wird das Werk allen, die hierzu Veranlassnng haben, sicherlich unentbehrlich werden.

Porzig.

4. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und den Einführungsgesetz, herausgegeben von Löwenfeld, Riezler, Mayring, Kuhlenbeck, Kober, Engelmann, Herzfelder und Wagner. 5./6. Aufl. München und Berlin (J. Schweitzer) 1909. etwa 170. M.

Mit Recht kann der Verlag, können die Herausgeber und an ihrer Spitze die Redaktoren Kober und Engelmann auf den Erfolg dieses Werkes stolz sein, der sich darin zeigte, daß unmittelbar nach dem Erscheinen der letzten Doppelauflage das Buch vergriffen war. Jetzt setzt eine neue Doppelauflage ein, von der schon 5 Lieferungen erschienen sind. Die Bände I und III (Allgemeiner Teil, Sachenrecht) sollen noch im Jahre 1909 vollendet vorliegen. Für das nächste Jahr ist der Abschluß vorgesehen. Für die Praxis ist der Kommentar von der größten Bedeutung geworden. Er beherrscht sie geradezu. Es wird so leicht kein Gericht zu finden sein, das sich in einer Zweifelfrage nicht im Staudinger Rat holte. Der Grund hierfür liegt darin, daß das Buch die Bedürfnisse der Praxis berücksichtigt und sich doch auf wissenschaftlicher Höhe hält. Der Stand der Lehrmeinungen, der Judikatur über eine Streitfrage ist vollständig zu übersehen. In der Wiedergabe und Verwertung der Literatur und Rechtsprechung wird eher zu viel als zu wenig gegeben. Bei der Handhabung des Kommentars macht sich die Uebersichtlichkeit des kritischen Textes besonders angenehm bemerkbar, es ist das eine Folge zweckmäßiger Satzanordnung.

Die neu erschienenen Lieferungen behandeln

Band I Allgemeiner Teil, erläutert von Löwenfeld u. Riezler (§§ 1—117)	9 M. 30 Pf.
Band III Sachenrecht, erläutert von Kober (§§ 854—958)	9 M. 30 Pf.
Band IV Familienrecht, erläutert von Engelmann (§§ 1297—1425)	7 M. 50 Pf.

5. Oberneck, Dr. Hermann, (Justizrat in Berlin). Das Reichsgrundbuchrecht unter Berücksichtigung der Ausführungsbestimmungen sämtlicher Bundesstaaten, insbesondere derjenigen Preußens. 4. neubearbeitete Aufl. 2 Bde. Berlin (Heymann). 34 M.

Das Ziel des Verfassers ist, der Praxis ein Handbuch zu geben, das sie rasch und sicher über jede grundbuchrechtliche Frage orientiert. Der Weg des Kommentars ist nicht gewählt worden, weil das Grundbuchrecht in verschiedenen Reichs- und Landesgesetzen niedergelegt ist. Damit war die Bahn für eine einheitlich geschlossene systematische Darstellung des Grundbuchrechts in materieller und formeller Beziehung frei. Was Oberneck hier gibt, hat allseitige Anerkennnng gefunden. Der Stoff ist erschöpfend behandelt, die Bearbeitung eine gründliche und klare. Die Ordnung des Materials ist so erfolgt, daß der Richter leicht und schnell dasjenige findet, was ihm im Augenblick zu wissen erwünscht ist. Zum Ueberfluß verweist ein Register der Gesetzesparagraphen auf die Stellen, wo der Inhalt der gesetzlichen Bestimmung besprochen wird. Schrifttum und Rechtsprechung sind natürlich auf den neuesten Stand gebracht. Die landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen zur Grundbuchordnung und namentlich die preußischen sind mitverarbeitet. In Mustern und Beispielen, die sich jetzt auch auf Kosten und Stempelfragen erstrecken, ist die Grundbucheinrichtung, ist der Gang des Verfahrens in und außerhalb der Amtsstube zur Anschauung gebracht. Besonders prakti'ch ist im Anhang der alphabetisch geordnete

Digitized by Google

Nachweis der Verfügungs- und Vertretungsbefugnis sowie der Erwerbsfähigkeit. Man schlage z. B. die Rubrik „Testamentsvollstrecker" oder „Versicherungsvereine" nach und man ist über die Grundsätze orientiert, deren Kenntnis der Grundbuchrichter zur Entscheidung der Legitimationsfrage bedarf. Die neue Auflage bringt verschiedene Partien in neuer Bearbeitung, so vor allem die Kollisionen im Verteilungsverfahren hinsichtlich der nicht valutierten Hypothek. Das Buch hat seinen Weg gemacht und wird neben Güthes Kommentar von der Praxis bevorzugt werden.

6. Mittelstein, Dr. Max, (Oberlandesgerichtsrat in Hamburg), Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches. 2., gänzlich umgearbeitete Aufl. Berlin (Vahlen) 1909 11 M., geb. 12 M.

Daß Spezialwerke wissenschaftlichen Charakters über die Miete ein Bedürfnis für die Praxis der Gerichte sind, ist leicht zu verstehen. Es fehlt denn auch nicht an solchen Werken. Neben Brückner, Niendorff und Fuld steht Mittelstein, der in seiner neuen Auflage die umfassendste Bearbeitung gibt. Es wird wohl so leicht keine Streitfrage des täglichen Lebens auf dem Gebiete der Miete zu finden sein, die hier nicht erörtert wäre. Neben der eigenen Entscheidung des Verfassers findet der Leser die abweichenden Meinungen der Schriftsteller und den Stand der Rechtsprechung. Auch auf die allgemein für Verträge geltenden Grundsätze kommt Mittelstein zu sprechen, so auch auf die Auslegung der Verträge. Hier tritt er der Lehre von Danz über die Bedeutung der Verkehrssitte entgegen. Wenn an einem Orte die Verkehrssitte herrscht, daß der Mietzins im voraus zu bezahlen ist, so läßt Danz diese Verkehrssitte und nicht den § 551 BGB. entscheiden, wenn es sich um Mietverträge über dort gelegene Wohnungen handelt. Er sieht in der Verkehrssitte einen ungeschriebenen Rechtssatz. Darüber, ob diese Auffassung mit den Prinzipien des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Einklang steht, kann man verschiedener Meinung sein, die Entscheidung, die Danz trifft, ist richtig. Mittelstein will sie nur gelten lassen in den Fällen, wie dem, wo die ortsansässigen Parteien der Ortssitte folgend schon früher einmal Vorausbezahlung beliebt haben. Denn hier dürfe, wenn die Umstände nichts anderes ergeben, angenommen werden, daß sie wiederum Vorausbezahlung der Miete gewollt haben. Wenn dies, wie zu vermuten ist, auch in dem Falle gelten soll, wo die Partien an die Zahlungszeit überhaupt nicht gedacht haben, dann wird der Wille der Parteien zunächst durch die Verkehrssitte ergänzt. Nichts anderes will Danz. Diese beiläufige Polemik zeigt übrigens, daß Mittelstein den neuesten Stand der Literatur auch auf Gebieten, die sich nicht speziell mit Mietfragen beschäftigen, berücksichtigt hat. In Fragen des Mietrechts wird sein Buch, wie unschwer vorauszusehen ist, in der nächsten Zeit tonangebend sei.

7. Fitting, Hermann (Prof. in Halle). Der Reichszivilprozeß. 13. Aufl. Berlin (Guttentag) 1907. Gbdn. 8 M.

Der Zweck dieser Bearbeitung ist eine kurze, streng auf die wesentlichen Grundzüge beschränkte Darstellung des Prozeßrechtes. Daß er erreicht ist, zeigt die hohe Zahl der Auflagen, die das Buch aufweist. Es erfreut sich besonders in den Kreisen der Studierenden einer allgemeinen Beliebtheit. Die hier vorliegende Neubearbeitung ist durch die Novelle vom 5. Juni 1905 veranlaßt worden.

8. Guttentagsche Sammlung deutscher Reichsgesetze. Neu erschienen sind von den Textausgaben mit Anmerkungen:

Viehkauf (Viehgewährschaft) nach dem Bürg. Gesetzbuch unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts. Von Dr. Stölzle. 4. Aufl. 1909. 4 M.

Die Bearbeitung knüpft an die betr. Paragraphen des BGB. an und gibt in Zusätzen das gesamte Material in einer für jedermann verständlichen klaren Sprache. Die Rechtsprechung ist bis in die entlegensten Winkel hinein verfolgt. So ist es auch für die Praxis ein sehr brauchbares Nachschlagebuch. Besonderen Wert hat es für diese durch die gemeinverständlichen tierärztlichen Erläuterungen des Kreistierarztes Weiskopf in Augsburg, die einen besonderen Teil des Buches ausmachen.

Digitized by Google

Das Reichsgesetz, betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Von Parisius-Krüger. 10. Aufl. 1908. 1,40 M.

Die Auslieferungsverträge des Deutschen Reiches und der deutschen Bundesstaaten. Von Landrichter Dr. Cohn in Allenstein. 1908. 4 M.

Die handliche Sammlung dieser Verträge wird den Justizbehörden willkommen sein. Die Materialien des Reichstags, die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist in Anmerkungen berücksichtigt. Vor allem sind die preußischen Ausführungsvorschriften beigegeben. Da die in Thüringen erlassenen Bestimmungen diesen im wesentlichen entsprechen, kommt die Zugabe auch den Thüringer Juristen außerhalb Preußens zu statten.

Wechselordnung (in der Fassung vom 3. Juni 1908). Kommentar von Dr. J. und M. Stranz in Berlin. Mit dem Wechselstempelgesetz vom 15. Juli 1909 nebst den Ausführungsbestimmungen, von Geh. Reg.-Rat Loeck. 10. Aufl. 1909. 4 M.

Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, nebst den preußischen Ausführungsbestimmungen. Von Prof. Dr. Otto Fischer in Breslau. 5. Aufl. 1909. 2 M.

Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 Von Dr. Freund und Rechtsanwalt Magnus in Berlin. 5. neubearbeitete Aufl. 1909. 3,50 M.

Neu erschienen von den Textausgaben ohne Anmerkungen mit Sachregister:

Wechselordnung vom 3. Juni 1908. 1 M.

Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Einführungsgesetzen in der vom 1. April 1910 ab geltenden Fassung. 2 M.

Sammer.

Digitized by Google

Entscheidungen

in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts.

Zusammengestellt im Reichsjustizamt [1]).

Unzulässigkeit der Rückgabe eines nach dem Tode des Erblassers an das Nachlaßgericht abgelieferten eigenhändigen Testaments.

§§ 2259, 2264 BGB.

Oberlandesgericht Dresden, 15. Dezember 1905. — Bd. 7, S. 33.

Der Rechtsanwalt N. hatte dem Amtsgerichte B. das eigenhändige Testament seines am 2. April 1905 verstorbenen Vaters behufs Ausstellung eines Erbscheins überreicht; er verlangt das Testament zurück. Das Amtsgericht hat die Zurückgabe als unzulässig abgelehnt und das Landgericht hat dies auf die Beschwerde des Antragstellers gebilligt. Auch der weiteren Beschwerde ist der Erfolg versagt worden aus folgenden Gründen:

Das von dem Erblasser errichtete Testament bildet die Grundlage für die in der Erbschaft bestehenden Rechtsverhältnisse. Im Interesse der Rechtssicherheit wird deshalb durch § 2259 Abs. 1 BGB. dem Besitzer eines nicht in amtlicher Verwahrung befindlichen Testaments die Verpflichtung auferlegt, das Testament unverzüglich nach dem ihm bekannt gewordenen Tode des Erblassers an das Nachlaßgericht abzuliefern; die Erfüllung der Verpflichtung kann von dem Gerichte durch Ordnungsstrafen erzwungen werden (§ 83 FGG.). Nach § 2264 BGB. aber kann derjenige, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, von dem eröffneten Testament Einsicht nehmen sowie eine Abschrift des Testaments oder einzelner Teile fordern. Die selbstverständliche Voraussetzung hierfür ist, daß das eröffnete Testament in Urschrift bei den Testamentsakten verbleibt; dies besonders auszusprechen, hielt man, eben weil es sich von selbst versteht, für überflüssig (vergl. Motive BGB. 5, 308 Note 5).

Ohne Grund bezieht der Beschwerdeführer sich auf den in einer Hamburger Sache ergangenen Beschluß des Reichsgerichts vom 5. Februar 1903 (Entsch. 53, 390) und auf den Beschluß des Kammergerichts vom 30. November 1903 (OLGNspr. 8, 285). In beiden Fällen handelte es sich nicht um ein Testament, sondern um einen mit einem Ehevertrage verbundenen offenen

---

1) Es werden zu jeder Entscheidung Band und Seite der Ausnahme der Buchhandlung von Puttkammer und Mühlbrecht in Berlin, nach welcher wohl meistens die Entscheidungen angezogen werden, beibemerkt.

Digitized by Google

Erbvertrag, der gemäß § 2777 Abs. 1 BGB. vor einem Notar geschlossen war und dessen überreichte Urschrift der Notar zurückverlangte. Die Berechtigung dieses Verlangens ergibt sich hieraus, daß vom Notar die Urschrift des Protokolls über einen solchen Vertrag in Verwahrung zu behalten ist und nur Ausfertigungen davon zu erteilen sind (vergl. Art. 42, 43 Pr. FGG. vom 21. September 1899, Gesetz-Samml. S. 249 ff.). Wenn daher nach § 2259 Abs. 2 in Verbindung mit § 2300 BGB. ein derartiger Vertrag nach dem Tode des Erblassers behufs der Eröffnung ebenfalls an das Nachlaßgericht abzuliefern ist, so wird sich das schon nur in dem Sinne verstehen lassen, daß der Notar nicht die Urschrift, sondern eine Ausfertigung des Protokolls über den Vertrag dem Gerichte zu überreichen hat. Die Ausfertigung vertritt hier bei der Eröffnung des Vertrags die Urschrift des Protokolls und verbleibt in Verwahrung des Gerichts. Mit dem Verlangen nach Einsicht der Urschrift und Erteilung von Abschriften haben die Beteiligten sich an den Notar zu wenden (zu vergl. Art. 49, 50 Pr. FGG). Hiermit stimmt denn auch überein, daß im § 2300 BGB. der § 2264 nicht mit aufgeführt ist. Hat der Notar aber dem Nachlaßgerichte nur eine Ausfertigung des Protokolls über den von ihm errichteten offenen Erbvertrag abzuliefern, so ergibt sich von selbst, daß er die von ihm überreichte Urschrift zurückverlangen kann, weil das Gesetz ihre Ablieferung überhaupt nicht vorschreibt. Hätte man jedoch anzunehmen, daß die Urschrift des Protokolls abzuliefern sei, so müßte der Notar sie mit Rücksicht auf die ihm nach dem Gesetz obliegende Verwahrungspflicht zurückverlangen können. Dies ist es, was das Reichsgericht und das Kammergericht aussprechen; für das eigenhändige Testament kommt es nicht in Betracht, seine Rückgabe wird, wie bereits ausgeführt, durch die Vorschrift des § 2264 BGB. schlechterdings ausgeschlossen.

Formgültigkeit einer notariellen Urkunde, auch wenn in dem über die Verhandlung aufgenommenen Protokolle die Feststellung, daß das Protokoll vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und von ihnen eigenhändig unterschrieben ist, oder der die Unterzeichnung betreffende Teil des Feststellungsvermerkes der Unterschrift der Beteiligten nachfolgt.

§ 177 FGG.

Reichsgericht IV. Zivilsenat, 15. Februar 1906. — Bd. 7 S. 45.

Veröffentlicht RG. 62, 1.

Pflicht des Grundbuchamts, von der Löschung einer Hypothek die nacheingetragenen Hypothekengläubiger zu benachrichtigen, wenn die Löschung erkennbar zu ihren Gunsten erfolgte.

§ 13 Abs. 2, §§ 55 GBO.

Kammergericht Berlin, 23. November 1905. — Bd. 7 S. 50.

Wenn der § 55 GBO. die Bekanntmachung von Eintragungen außer an den Antragsteller und Eigentümer auch an diejenigen vorschreibt, „zu deren Gunsten die Eintragung erfolgt ist oder deren Recht durch sie betroffen wird", so muß bei der Gleichheit des Wortlauts des das Antragsrecht regelnden

Digitized by Google

§ 13 Abs. 2 davon ausgegangen werden, daß mit dem Betroffenen und demjenigen, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll bezw. erfolgt ist, der gleiche Personenkreis hat bezeichnet werden sollen. Das wird bestätigt durch die (nicht veröffentlichten) Vorarbeiten der veröffentlichten Entwürfe der Grundbuchordnung (mitgeteilt ZBlFG. 5, 547). Das wird auch, soweit ersichtlich, nirgends bezweifelt (zu vergl. KGJ. 28 A, 155; OLGRspr. 10, 102). Für das Verständnis des § 55 muß deshalb auf die Bedeutung des § 13 Abs. 2 zurückgegangen werden, wie sie sich aus dessen Entstehungsgeschichte ergibt.

Der § 19 Abs. 2 des ersten Entwurfs lautete dahin:

Zu dem Antrage ist nur derjenige berechtigt, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll, sowie derjenige, gegen dessen Recht die Eintragung sich richtet.

In den Motiven hierzu (Amtl. Ausgabe 1889 S. 53) wird folgendes bemerkt:

Der Kreis der Interessenten, welchen das Antragsrecht beigelegt werden soll, bedarf indessen der Begrenzung, zunächst auf diejenigen Personen, deren Recht am Grundstück oder an einem eingetragenen Rechte durch die Eintragung berührt, vermehrt oder vermindert wird. Aber man darf auch nicht allen durch die Eintragung verlierenden oder gewinnenden Interessenten das Antragsrecht geben. Der Gewinn oder Verlust kann ein mittelbarer sein. Beispielsweise gewinnen durch die Löschung eines Rechtes die nachstehenden Berechtigten im Range; der Zweck der Eintragung geht indessen zunächst nur darauf, das belastete Recht oder Grundstück zu entlasten .... Die Antragsberechtigung ist auf diejenige Person zu beschränken, deren Begünstigung die Eintragung unmittelbar bezweckt. In ähnlicher Weise ist ein mittelbares und unmittelbares Leiden unter der Eintragung zu unterscheiden ... In Fällen dieser Art ist das Recht zum Antrag auf diejenigen zu beschränken, gegen deren Recht die Eintragung unmittelbar sich richtet ....

Hiernach war der zweifelsfreie Sinn des Gesetzes, daß nur der unmittelbar Beteiligte antragsberechtigt war, wozu der nacheingetragene Hypothekengläubiger, wenn es sich um die Löschung einer voreingetragenen Hypothek handelt, nicht gehört. Die Motive fügen dann weiter hinzu, daß dieser Grundsatz an sich auch auf die Grundbuchberichtigung Anwendung finde, aber aus § 843 BGB. (Entwurf I) zu folgern sei, daß auch ein mittelbar Berechtigter (z. B. ein nachfolgender dinglich Berechtigter, wenn es sich um die Löschung eines vorgehenden nicht entstandenen Rechtes handelt) dann antragsberechtigt sei, wenn ihm gegenüber die Eintragungs-(Löschungs)Bewilligung erteilt ist. Für den Fall, daß sie ihm nicht erteilt ist, galt er nach dem ersten Entwurf an sich nicht als antragsberechtigt, doch gestattete hier § 46 unter den dortigen Voraussetzungen eine ausdrückliche Ausnahme.

In die hiernach klare Sachlage hat indessen folgende Bemerkung der Denkschrift zu § 12 des Reichstagsentwurfs (jetzt § 13 des Gesetzes) Zweifel hineingetragen (zu vergl. Reichstagsdrucks. 1895/1897, Stenogr. Ber. Anl. 5, 3037):

Antragsberechtigt kann auch ein mittelbar Beteiligter sein. Daß insbesondere die Löschung eines nicht entstandenen oder erloschenen Rechtes

Digitized by Google

von einem nachstehenden Berechtigten beantragt werden kann, um das in Wirklichkeit bestehende Rangverhältnis seines Rechtes im Grundbuch ersichtlich zu machen, unterliegt nach § 894 BGB. keinem Zweifel.

Daß indessen hierbei nicht eine grundsätzlich abweichende Stellung vom ersten Entwurfe beabsichtigt gewesen ist, dafür sprechen folgende Erwägungen. Hätte der Reichstagsentwurf das Prinzip des ersten Entwurfs, welcher, abgesehen von dem Falle der Grundbuchberichtigung, nur dem unmittelbar Beteiligten das Antragsrecht gab, grundsätzlich dahin abändern wollen, daß jeder mittelbar Berechtigte antragsberechtigt sein sollte, so wäre es schwerlich unterlassen, das Gesetz selbst zu ändern. Nun hat allerdings der § 13 Abs. 2 GBO. eine etwas veränderte Fassung erhalten. Allein hierzu bemerkt die Denkschrift:

Die Fassung schließt sich den Vorschriften des § 885, Abs. 1 Satz 1, der §§ 886, 894 und des § 899 Abs. 2 Satz 1 BGB. an.

Also das ist der einzige Grund für die Fassungsänderung. Von einer beabsichtigten Aenderung des Kreises der Antragsberechtigten ist keine Rede. Aber selbst die Denkschrift erwähnt von einer grundsätzlichen Aenderung des Antragsrechts nichts, was, wenn beabsichtigt, wohl schwerlich unterlassen wäre. Sie spricht zwar von dem Antragsrecht eines mittelbar Beteiligten. Sie sagt aber nicht, daß jeder mittelbar Berechtigte antragsberechtigt sei, sondern: „Antragsberechtigt kann auch ein mittelbar Berechtigter sein", und indem sie als Beispiel das Antragsrecht eines mittelbar Berechtigten im Falle der Grundbuchberichtigung anführt, scheint sich die Denkschrift auf denselben Standpunkt zu stellen wie die Motive zum ersten Entwurfe, nur mit einer Erweiterung in der Richtung, daß sie den Unterschied hat fallen lassen, ob dem Nacheingetragenen gegenüber vom Verpflichteten die Löschungsbewilligung erteilt ist oder nicht. Von diesem insoweit erweiterten Standpunkt aus konnte dann der § 46 des ersten Entwurfs fortfallen. Hätte der Reichstagsentwurf und die Denkschrift das Antragsrecht des mittelbar Beteiligten über den Fall der Grundbuchberichtigung hinaus verallgemeinern wollen, so ist nicht abzusehen, weshalb die Denkschrift als Beispiel des Antragsrecht den Fall anführte, daß es sich um die Löschung „eines nicht entstandenen oder erloschenen Rechtes" handele, statt ganz allgemein den nachstehend Berechtigten das Antragsrecht zu geben, wozu um so mehr Veranlassung vorlag, als die Motive des ersten Entwurfs das Antragsrecht in dieser Allgemeinheit ausdrücklich verneint hatten, und es nur für die Grundbuchberichtigung zuließen, aber mit Beschränkungen; bloß letztere sind nach der Denkschrift später fortgefallen. Hätte hierüber hinaus jedem, welcher an einer Eintragung ein mittelbares Interesse hat, das Antragsrecht gewährt werden sollen, so wären die §§ 8, 14 GBO. überflüssig. Aus dem Worte „Jeder" (dessen Recht usw.) ist für die Auslegung des Begriffs: „zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll" nichts zu folgern. Der hier vertretenen Ansicht, daß es grundsätzlich beim ersten Entwurfe darin verblieben ist, daß nur die unmittelbar Berechtigten antragsberechtigt sind, mittelbar Berechtigte aber dann, wenn ihnen ein selbständiges Recht auf Herbeiführung desselben zusteht, wie nach § 894 BGB. (zu vergl. Planck § 894 Note III, 1, b, α, 3. Aufl. S. 146 ff.) oder nach § 8 Abs. 1 Satz 2, § 14 GBO., sind Turnau Förster (Liegenschaftsrecht 1. Aufl. 2, 91 ff.) und Predari (GBO. § 13 Anm. 12). Daraus ergibt sich, daß dem Nachhypothekar

Digitized by Google

ein Antragsrecht da nicht zusteht, wo eine Vorhypothek durch Löschung erst aufgehoben werden soll (Predari a. a. O.). Zu ähnlichem Ergebnis auf anderem Wege kommen Oberneck (in GruchotsBeitr. 43, 869, Grundbuchrecht Bd. 1 § 25, 3. Aufl.) und Fuchs-Arnheim, Formelles Grundbuchrecht § 13 Anm. 23 am Ende, indem sie ausdrücklich unmittelbar Beteiligten das Antragsrecht zusprechen, jedoch die Berichtigungsberechtigten — Fuchs-Arnheim auch diejenigen, zu deren Gunsten erkennbar die Eintragung der Rechtsänderung bewilligt ist — zu den unmittelbar Beteiligten rechnen. An dieser Rechtslage ist durch das Gesetz, betreffend Aenderung der Grundbuchordnung, vom 14. Juli 1905, wonach ein Eigentumswechsel denjenigen, für welche eine Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Reallast oder ein Recht an einem solchen Rechte zusteht, bekannt zu machen ist, nichts geändert.

Geht man hiervon aus, so kann der Nachhypothekar nicht schon um deswillen, weil er durch die Löschung der Vorhypothek einen Vorteil erlangt, eine Benachrichtigung auf Grund des § 55 GBO. verlangen (Turnau-Förster § 55 Note A Abs. 2, abweichend Achilles-Strecker § 55 Note 1 c verbunden mit § 13 Note 5 b am Schlusse). In der preußischen Praxis bestand kein Streit darüber, daß es auf Grund des § 121 der preußischen Grundbuchordnung bei Löschung eines dinglichen Rechtes nicht einer Benachrichtigung sämtlicher nacheingetragener Berechtigter bedurfte.

Anders ist die Sache allerdings zu beurteilen, wenn die Löschung eines voreingetragenen Rechtes erkennbar zugunsten eines nacheingetragenen Berechtigten erfolgt. In einem solchen Falle läßt sich letzterer allerdings als unmittelbar beteiligt ansehen, und wenn dem Grundbuchrichter die gedachte Voraussetzung nachgewiesen wird, so hat er die Löschung auch ihm bekannt zu machen. (So auch wohl Turnau-Förster § 55 und Fuchs-Arnheim § 13 Anm. 23.) Dieser Nachweis ergibt sich im vorliegenden Falle ohne weiteres aus der Verpfändungsurkunde unter Nr. 8, wo sich der Grundstückseigentümer verpflichtet hat, die Hypothek der Frau J. unmittelbar hinter einer Hypothek von 200 000 M. eintragen zu lassen. Da nun eine solche Hypothek von 200 000 M. unter Nr. 4 eingetragen steht, so mußte der Grundstückseigentümer die Hypotheken Nr. 1 bis 3 zugunsten der Frau J. löschen lassen. Einer Zurückverweisung an das Landgericht, wie die weitere Beschwerde beantragt, behufs einer Feststellung in dieser Richtung bedarf es deshalb nicht.

Demungeachtet war die weitere Beschwerde zurückzuweisen, weil Beschwerdeführerin bereits vor Erhebung der Beschwerde beschwerdelos gestellt war. Allerdings genügt hierzu nicht schon die Tatsache, daß die Hypothekengläubigerin anderweitige Kenntnis von der Löschung erhalten hatte, denn sie kann eine amtliche Benachrichtigung verlangen. Eine solche ist ihr aber, wenn auch das Amtsgericht die Verpflichtung zu einer solchen bestritten hat, tatsächlich in dem Schreiben vom 4. Oktober zuteil geworden. Denn wenn sie dort in Kenntnis gesetzt ist, daß sie die mit der Bescheinigung der Löschung der Posten Abt. III Nr. 1 bis 3 versehenen beiden Hypothekenbriefe erhalten werde, sobald die Kostenrechnung bezahlt sei, so wurde ihr damit amtlich bekannt gegeben, daß die Löschung nicht bloß bewirkt, sondern dem Antrage gemäß bereits auf den beiden überreichten Hypothekenbriefen vermerkt war. Es ist nicht abzusehen, was demgegenüber eine nochmalige Benachrichtigung für einen Zweck haben sollte.

Digitized by Google

Pflicht des Grundbuchamts, die Auflassung eines Grundstücks an eine mit ihrem Manne in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Frau ohne Zustimmung des Mannes entgegenzunehmen, auch wenn dem Grundbuchamte bekannt ist, daß die Auflassung zum Zwecke der Erfüllung eines vorher von dem Auflassenden mit der Frau geschlossenen Kaufvertrags erfolgen soll.

§§ 873, 1438, 1443 BGB. Vergl. RJA. 4, 108.

Kammergericht Berlin, 30. November 1905. — Bd. 7 S. 55.

Durch notariellen Vertrag vom 25. März 1905 hat die mit ihrem Ehemann in Gütergemeinschaft lebende Frau K. unter Zustimmung des letzteren ein gütergemeinschaftliches Grundstück an die Frau G. verkauft. Als sich die Vertragschließenden Ende März oder Anfang April 1905 zur Auflassung einfanden, hat das Amtsgericht die Entgegennahme abgelehnt, weil die Käuferin mit ihrem Ehemann in Gütergemeinschaft lebe, es aber rechtlich nicht denkbar sei, daß ein Grundstück durch die Ehefrau unter die Verwaltung des Ehemanns ohne dessen Genehmigung solle gebracht werden können. Die Zustimmung sei aber nicht bloß zum Kaufalgeschäfte, sondern auch zur Auflassung erforderlich. Das Landgericht hat die hiergegen erhobene Beschwerde zurückgewiesen. Es hat erwogen, daß, da Ehefrauen in der Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt seien, der Vertrag vom 25. März 1905 rechtswirksam sei und die Käuferin durch denselben einen Anspruch auf Auflassung erworben habe, und zwar für die Gütergemeinschaft. Durch die Entgegennahme der Auflassung würde dies Forderungsrecht realisiert, die Einziehung einer Forderung enthalte aber eine Verfügung und zu einer Verfügung über gütergemeinschaftliches Vermögen sei die Ehefrau nicht befugt.

Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht die Vorentscheidungen aufgehoben und dabei in den Gründen ausgeführt:

Die Frau G. lebt mit ihrem Ehemann unstreitig in Gütergemeinschaft. Ob die Ehe vor oder nach dem 1. Januar 1900 eingegangen ist, steht nicht fest, ist aber belanglos, da nach Art. 47 PrAG. z. BGB. auch auf alte Ehen die Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuchs für anwendbar erklärt sind. Daß hiernach gütergemeinschaftliche Ehefrauen in ihrer Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt sind, daß sie deshalb rechtsgültig Verträge abschließen können und daß das, was sie erwerben, in die Gütergemeinschaft fällt, erkennt der Vorderrichter ausdrücklich an. Hätte sich nun die Frau G., ohne vorher einen rechtsgültigen (gerichtlichen oder notariellen) Vortrag geschlossen zu haben, die Auflassung erteilen lassen, so würde der Vorderrichter die Zulässigkeit der Auflassung voraussichtlich nicht bezweifelt haben. Im vorliegenden Falle aber beanstandet er sie um deswillen, weil bereits ein obligatorisches Recht auf Auflassung bestehe, die Entgegennahme der Auflassung eine Realisierung dieser Forderung und mithin eine Verfügung über letztere darstelle und hierzu die gütergemeinschaftliche Ehefrau nicht befugt sei. Allein diese Auffassung beruht auf einer Ueberspannung des den Grundbuchverkehr beherrschenden Legalitätsprinzips. Vermöge desselben ist zwar der Grundbuchrichter verpflichtet, von Amts wegen die gesetzlichen Voraussetzungen einer Eintragung zu prüfen. Indessen bezieht sich diese Prüfung, nachdem das Bürgerliche Gesetzbuch die Entstehung des dinglichen Rechtes von dem zugrunde liegenden Kausalgeschäfte losgelöst und den Rechtserwerb zu einem abstrakten, lediglich durch die Willens-

Digitized by Google

einigung der Beteiligten über den Eintritt der Rechtsänderung bedingten gemacht hat, allein auf die dingliche Seite des Rechtserwerbs. Der Grundbuchrichter muß also prüfen, ob eine Einigung über die Rechtsänderung vorliegt und ob derjenige, welcher ein dingliches Recht überträgt, zu dieser Verfügung berechtigt ist. Trifft beides zu, so darf er die Eintragung nicht versagen und weder prüfen, ob zwischen den sich Einigenden ein gültiger obligatorischer Vertrag besteht, noch ob sich der Uebertragende schon vorher obligatorisch verpflichtet hat, das Recht einem andern zu übertragen. Hätten die Verkäufer das Grundstück nicht an die Frau G., sondern an einen Dritten verkauft, so würden die Vorinstanzen sicherlich nicht zweifeln, daß die Verkäufer durch diesen Vertrag nicht behindert wären, das Grundstück rechtswirksam der Frau G. aufzulassen, die damit lediglich einen Erwerb für die Gütergemeinschaft macht, was zulässig ist. Nicht anders aber gestaltet sich die Sache dadurch, daß sie den Kaufvertrag statt mit einem Dritten mit der Frau G. abgeschlossen haben. Durch diesen Vertrag hat letztere ein Forderungsrecht für die Gütergemeinschaft erworben, über welches allein der Ehemann verfügen darf. Lassen nunmehr die Verkäufer der Ehefrau statt dem Ehemann auf, so stellt das allerdings nicht unter allen Umständen die Erfüllung jenes Vertrags dar, denn diese Erfüllung hat der Mann allein entgegenzunehmen. Allein damit wird die Gültigkeit der dinglichen Einigung zwischen den Veräußerern und der Frau G. ebensowenig berührt, als wenn die Veräußerer das Grundstück nicht der Frau G., sondern einem beliebigen Dritten aufließen. Das Recht des Ehemanns G. auf Auflassung, welches durch den obligatorischen Vertrag seiner Ehefrau für die Gütergemeinschaft erworben wird, geht durch die Auflassung an die Frau nicht ohne weiteres unter. Allerdings fällt das aufgelassene Grundstück ebenso in die Gütergemeinschaft, wie die Forderung auf Auflassung aus dem Kaufvertrag, und insofern der Ehemann damit dasjenige erhält, was er aus dem Kaufvertrage zu erhalten hat, wird die Forderung getilgt. Soweit sich aber ergibt, daß die Auflassung an die Frau wirtschaftlich dem gütergemeinschaftlichen Vermögen nicht das Gleiche zuführt, was ihm die Auflassung an den Mann zugeführt haben würde, bleibt die Forderung des Mannes bestehen. Die Eheleute K. müssen also, wenn sie das Grundstück an die Ehefrau G. auflassen, mit der Möglichkeit rechnen, daß sie hierdurch von der Obligation aus dem Kaufvertrage nicht unter allen Umständen befreit werden. Die Zulässigkeit einer auf Eigentumsübertragung gerichteten Einigung mit der Frau G. ist aber nicht zu bezweifeln.

Pflicht des Grundbuchrichters, im Falle der Erteilung einer Eintragungsbewilligung durch einen Bevollmächtigten diejenigen ihm bekannten Umstände zu berücksichtigen, welche Zweifel an der Vertretungsmacht des Bevollmächtigten rechtfertigen, auch wenn dieser eine Vollmachtsurkunde vorlegt.

§§ 171 bis 173 BGB., § 29 GBO.

Kammergericht Berlin, 14. Dezember 1905. — Bd. 7 S. 57.

Im Grundbuche des Grundstücks N. Bd. IX Blatt Nr. 46 steht als Eigentümer eingetragen der Rentner P. in N. auf Grund des Zuschlagsbeschlusses vom 29. Mai 1903. Am 11. Februar 1903 hat P., damals Schlossermeister in B., dem Glasermeister M. in B. Generalvollmacht erteilt,

Digitized by Google

insbesondere mit der Befugnis, Eintragungen und Löschungen aller Art bei dem Grundbuche zu bewilligen oder zu beantragen. P. hat aber nach Erteilung der Generalvollmacht und Erwerb des Grundstücks verschiedene Eintragungen, namentlich von Hypotheken, persönlich bewilligt und beantragt.

Am 11. September 1905 hat der Notar T. zu B. eine von ihm beglaubigte Schuldverschreibung vom 9. September 1905, in welcher M. als Generalbevollmächtigter des P. für seine Ehefrau Adolphine M. die Eintragung einer Darlehnshypothek von 4000 M. bewilligt hat, zu den Grundakten eingereicht und unter Beifügung der vorbezeichneten Generalvollmacht die Eintragung der Hypothek beantragt. Das Amtsgericht hat darauf den Eigentümer P. unter Mitteilung des Antrags zur Rücksprache vorgeladen. P. ist erschienen und hat am 18. September 1905 zu gerichtlichem Protokoll erklärt: „Er sei mit dem früheren Schlossermeister P. in B. identisch und erkenne an, daß die Generalvollmacht von ihm unterzeichnet sei. Jedoch habe er die Vollmacht bereits im Juni 1905 dem Beschwerdeführer gegenüber persönlich widerrufen und ihn um Rückgabe der Vollmacht gebeten. Beschwerdeführer habe damals erwidert, er könne die Vollmacht nicht beschaffen, da sie sich beim Amtsgerichte B. befinde. Der von M. zugunsten von dessen Ehefrau bewilligten und beantragten Eintragung einer Hypothek von 4000 Mark widerspreche er ausdrücklich, und zwar schon deshalb ‚weil er der Frau M. überhaupt nichts schulde.“

Das Amtsgericht hat darauf den Antrag des M. auf Eintragung der Hypothek abgelehnt.

Die von dem Notar T. namens des hiergegen eingelegte Beschwerde, in welcher unter anderem angeführt wurde, es seien die Rechtsverhältnisse zwischen M. und P. im Sommer 1903 durch notariellen Akt dahin geregelt, daß P. nur nomineller Eigentümer sein, dem Beschwerdeführer aber das Verfügungsrecht zustehen solle, ist durch Beschluß des Landesgerichts zurückgewiesen worden. Das Landgericht hat ausgeführt: Der vom Notar T. gestellte Eintragungsantrag sei an sich als sowohl im Namen des Eigentümers P. wie der Gläubigerin Frau M. gestellt anzusehen, so daß er nur von beiden habe zurückgenommen werden können. Ob hier aus besonderen Umständen der Antrag nur als einseitiger des durch den Beschwerdeführer vertretenen P. zu gelten habe, könne dahingestellt bleiben. Denn die Beschwerde unterliege schon deshalb der Zurückweisung, weil der Beschwerdeführer die Eintragungsbewilligung der Gläubigerin nicht ausgehändigt habe, mithin der Eigentümer P. zur Zurücknahme der Eintragungsbewilligung berechtigt gewesen sei und ein solcher Widerruf in dem Widerspruche des P. gegen die beantragte Hypothekeintragung zu finden sei.

In der weiteren Beschwerde hierüber wird geltend gemacht: Beschwerdeführer als Vertreter des P. habe sich mit der Gläubigerin, seiner Ehefrau, über die Eintragung der Hypothek geeinigt und sodann die Eintragungsbewilligung und Beantragung an die Gläubigerin ausgehändigt, welche durch ihren Ehemann und Bevollmächtigten des Grundeigentümers dem Notar T. Auftrag zur Stellung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt erteilt habe. Danach sei es ausgeschlossen, daß der Grundeigentümer seine vorher dem Notar gegenüber abgegebene Erklärung einseitig zurücknehmen könne.

Das Kammergericht hat auch der weiteren Beschwerde den Erfolg versagt aus folgenden Gründen:

Digitized by Google

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Eintragungsbewilligung des Beschwerdeführers vom 9. September 1905 der Gläubigerin Frau M., wie das Landgericht annimmt, nicht ausgehändigt worden ist und ob deshalb der Grundstückseigentümmer P. als Machthaber des Beschwerdeführers die Eintragungsbewilligung noch zurücknehmen durfte oder ob die Eintragungsbewilligung mit der Einreichung beim Grundbuchamte gemäß § 130 Abs. 1,3 BGB. wirksam und damit unwiderruflich geworden war (Güthe, GBO., Anm. 28, 29, 79, auch 14, 15, 16 zu § 19; Fuchs-Arnheim, Grundbuchrecht, Bd. 2 Anm. 6 zu § 19 GBO., Eccius in GruchotsBeitr., 47, 55; OLGRspr., 5, 407). Ferner kann dahingestellt bleiben, ob der Notar Dr. T. als sämtliche Beteilgte, also auch die Gläubigerin Frau M., bei dem Eintragungsantrage vertretend anzusehen ist (KGJ. 24 A, 91, 25 A 273, 278; OLGRspr. 6, 196; 7, 52) oder ob nach Lage der Sache Notar T. nur für den Beschwerdeführer als Generalbevollmächtigten des P. aufgetreten ist und daher P. als Herr des Geschäfts den lediglich das Verfahren betreffenden Eintragungsantrag mit der Wirkung zurücknehmen durfte, daß das Eintragungsverfahren damit seine Erledigung fand (Güthe, GBO., Anm. 35—37 zu § 13, Anm. 7 zu § 32; Jahrb. 24 A 91). Jedenfalls ist die Zurückweisung des Eintragungsantrags deswegen gerechtfertigt, weil die Legitimation des die Eintragung bewilligenden Generalbevollmächtigten des Grundstückseigentümers P., des Beschwerdeführers, mit Rücksicht auf die Erklärungen des P. zu Protokoll des Grundbuchrichters vom 18. September 1905 zum mindesten zweifelhaft ist. P. hat erklärt, daß er dem Beschwerdeführer gegenüber bereits im Juni 1905 die Vollmacht widerrufen habe. Wäre ein solcher Widerruf tatsächlich erfogt, so hätte er gemäß § 168 Satz 3, § 167 Abs. 1 BGB. dem Beschwerdeführer die Berechtigung zur ferneren Vertretung des Machtgebers, also auch die Legitimation zur Bewilligung der Eintragung, entzogen. Allerdings bleibt nach § 171 Abs. 2, § 172 Abs. 2 BGB., solange die dem Bevollmächtigten, wie vorliegend, ausgehändigte Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber nicht zurückgegeben worden ist, die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten bestehen, und der Beschwerdeführer ist noch im Besitze der ihm von P. ausgehändigten Vollmachtsurkunde. Das Bestehenbleiben der Vertretungsvollmacht bei nicht erfolgter Rückgabe der Vollmachtsurkunde gilt jedoch, wie sich aus § 171 Abs. 1, § 173 BGB. ergibt, nur zugunsten eines gutgläubigen Dritten, der mit dem Bevollmächtigten ein Rechtsgeschäft abschließen will. Der Grundbuchrichter steht mit den Beteiligten nicht im rechtsgeschäftlichen Verkehr, er hat vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen des Grundrechts pflichtgemäß zu prüfen, ob die Vollmachtsurkunde als geeignete Grundlage für die Eintragung anzusehen ist, und er hat dabei auch diejenigen ihm bekannten Umstände zu berücksichtigen, welche Zweifel an der Vertretungsmacht rechtfertigen (Güthe, GBO., 2, 1449; Eccius in GruchotsBeitr. 45, 499; OLGRspr. 10, 68) Zweifel gegen das Fortbestehen der Bevollmächtigung des Beschwerdeführers bestehen aber vorliegend trotz Einreichung der Vollmachtsurkunde in erheblichem Maße, da der Grundstückseigentümer P. dem Grundbuchamte selbst gegenüber erklärt hat, daß er dem die Eintragung bewilligenden Beschwerdeführer bereits einige Zeit vor der Eintragungsbewilligung die Vollmacht entzogen habe.

Digitized by Google

Wirksamkeit einer Vormerkung, die bei der Eintragung im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist. Unzulässigkeit der Eintragung einer Vormerkung zugunsten des jeweiligen Gläubigers einer Hypothek.

§§ 883, 1179 BGB.

Kammergericht Berlin, 4. Januar 1906. — Bd. 7 S. 64.

Auf den Bd. 1 Blatt 8 des Grundbuchs von S. für den Landwirt G. daselbst eingetragenen Grundstücken standen in Abteilung III Nr. 15 und 16 für die P. Aktiengesellschaft in B. zwei Darlehnshypotheken von 40 000 und 13 000 Mark eingetragen. Mittels notariell beglaubigter Urkunde bewilligte G. die Eintragung einer ferneren Darlehnshypothek von 10 000 Mark für dieselbe Gläubigerin, indem er zusätzlich erklärte:

„Zugleich verpflichte ich mich der P. Aktiengesellschaft gegenüber, die in Abteilung III Nr. 15 und 16 eingetragenen Hypotheken von 40 000 und 13 000 Mark, wenn und soweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen, zur Löschung zu bringen, bewillige auch, daß zur Sicherung dieses Anspruchs auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werde."

Der beglaubigende Notar überreichte die Urkunde mit dem Antrag auf Eintragung zu den Grundakten, und das Amtsgericht in D. trug unter Nr. 18 der Abteilung III die Darlehnshypothek von 10 000 Mark und in Spalte Veränderungen zu Nr. 15 und 16 derselben Abteilung folgenden Vermerk ein:

„Der Eigentümer ist verpflichtet, diese Posten zur Löschung zu bringen, wenn und insoweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen. Eingetragen in Gemäßheit der Urkunde vom 11. Juli 1905 am 20. Juli 1905."

Unter dem 17. August 1905 stellte die P. Aktiengesellschaft den Antrag, diesen Vermerk in Gemäßheit der Erklärung des Eigentümers dahin zu ergänzen, daß derselbe für sie als Gläubigerin der Post Abt. III Nr. 18 von 10 000 Mark als Vormerkung eingetragen worden sei. Zur Begründung führte sie aus, die zwischen ihr und dem Eigentümer hinsichtlich der Löschung getroffene Vereinbarung sei rein obligatorischer Natur und als solche nicht eintragungsfähig, möglich sei nur die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des ihr eingeräumten obligatorischen Anspruchs. Infolgedessen trug das Amtsgericht in Spalte Veränderungen zu Nr. 15 und 16 der Abteilung III den ferneren Vermerk ein:

„Die Verpflichtung des Eigentümers, diese Posten zur Löschung zu bringen bei Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person wird eingetragen zugunsten der Gläubigerin der Post Abteilung III Nr. 18. Berichtigt am 4. September 1905."

Nunmehr erhob die P. Aktiengesellschaft mit dem Antrage Beschwerde, das Amtsgericht anzuweisen, ihrem Verlangen vom 17. August 1905 vollends stattzugeben, da auch aus dem neuen Eintragungsvermerke nicht hervorgehe, daß eine Vormerkung eingetragen sei. Das Amtsgericht war der Ansicht, daß der berichtigte Vermerk seinem Inhalte nach eine Vormerkung im Sinne der §§ 883, 1179 BGB. darstelle, daß der Gebrauch des Wortes „Vormerkung" nirgends, auch nicht durch eine Ordnungsvorschrift, angeordnet worden sei und daß das Fehlen dieses Wortes die Rechtswirksamkeit der Eintragung nicht

Digitized by Google

beeinträchtige. Es legte deshalb die Beschwerde dem Landgerichte zur Entscheidung vor. Dieses verwarf die Beschwerde als unzulässig, weil sich der Angriff gegen eine Eintragung richte.

Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidung das Amtsgericht zur Eintragung des in den Gründen formulierten Vermerkes angewiesen. Die Gründe führen aus, daß gegen die Eintragung einer Vormerkung die Beschwerde zulässig sei (zu vergl. RJA. 4, 66 ff.), und fahren dann fort:

Nach der Begründung der Beschwerde hat es den Anschein, als verlange die Beschwerdeführerin nur noch eine Ergänzung der Eintragungsvermerke dahin, daß darin der Charakter der Eintragung als einer Vormerkung zum Ausdrucke gebracht werde. In diesem Sinne hat das Amtsgericht die Beschwerde verstanden, und es hat der Beschwerde nur deswegen nicht abgeholfen, weil es der Meinung war, daß die Eintragung trotz des Fehlens des Wortes Vormerkung in Wirklichkeit eine Vormerkung sei und daß auch keine instruktionelle Vorschrift bestehe, die den Gebrauch dieses Wortes anordne. Dem Amtsgerichte muß zugegeben werden, daß die materielle Wirksamkeit einer Vormerkung von der Bezeichnung als solcher nicht abhängt. Wenn es im § 883 BGB. heißt:

> Zur Sicherung des Anspruchs auf . . . Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke . . . kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden.

und wenn § 1179 noch besonders bestimmt:

> Verpflichtet sich der Eigentümer einem anderen gegenüber, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, so kann zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden,

so bedeutet dies lediglich, daß der obligatorische Löschungsanspruch durch die Eintragung dingliche Wirkung erlangt und daß eine solche Eintragung nicht ein dingliches Recht, sondern eine Vormerkung darstellt. Für die Entstehung des im Gesetz als Vormerkung bezeichneten Rechtsgebildes ist es an sich gleichgültig, ob das Gebilde im Eintragungsvermerke „Vormerkung" genannt wird. Läßt der Eintragungsvermerk keinen Zweifel daran aufkommen, daß durch die Eintragung ein Anspruch auf Aufhebung eines dinglichen Rechtes gesichert werden soll, so liegt eine rechtswirksame Vormerkung ebenso vor, wie wenn der Vermerk den Ausdruck Vormerkung enthielte. Fehlt doch sogar in den Probeeintragungen des amtlichen Formulars für Hypotheken (Abt. III Nr. 1 und 4) das Wort „Hypothek" vollständig. Dagegen irrt das Amtsgericht in der Annahme, daß der Gebrauch des Wortes Vormerkung auch nicht instruktionell vorgeschrieben sei. Die Vorschrift findet sich im § 5 Abs. 1 (vergl. § 14) der PrAGllVf. vom 20. November 1899 (JMBl. 349) und in der Probeeintragung Abt. III Nr. 3 des amtlichen Formulars. Diese Eintragung („Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf . . .") betrifft zwar eine Vormerkung der im § 14 Nr. 2 a. a. O. bezeichneten Art, sie soll aber offensichtlich für alle in den §§ 883, 1179 BGB. vorgesehenen Vormerkungen als Muster dienen, da sie sich dem Wortlaute jener materiellrechtlichen Bestimmungen anschließt. Aus dem Bestehen der Vorschrift folgt indes noch nicht, daß ihre Nichtbeachtung den Beteiligten ein Recht zur Beschwerde gäbe. Allerdings ist, wie das Kammergericht in einer Reihe von Entscheidungen aus-

Digitized by Google

gesprochen hat, die Verfügung vom 20. November 1899 keine bloße Verwaltungsanordnung, sondern eine Rechtsverordnung, deren Befolgung auch die Beteiligten verlangen können, und die Anlagen der Verfügung bilden mit ihr ein einheitliches Ganzes (vergl. KGJ. 21 A, 143; OLGRspr. 6, 437). Allein nicht alle Probeeintragungen haben den Charakter einer Verordnung; sie verfolgen vielfach nur den Zweck, dem Grundbuchrichter eine gewisse Form der Eintragung zu empfehlen, ohne ihn den Beteiligten gegenüber an die Beobachtung dieser Form zu binden (vergl. Güthe, GBO. S. 1353 Anm. 3, 24 A, 127). Dies gilt namentlich von dem Wortlaute der Eintragungen, dessen Feststellung das Gesetz selbst (vergl. Artikel 6 des AG. z. GBO. vom 26. September 1899) dem Grundbuchrichter zur Pflicht macht. Bringt daher die vom Richter verfügte Formulierung des Eintragungsvermerkes das, was eingetragen werden soll, inhaltlich richtig, vollständig und unzweideutig zum Ausdrucke, so gibt eine Abweichung von dem in dem amtlichen Formular empfohlenen Wortlaut oder von der seitens der Beteiligten gewünschten Fassung allein keinen Grund zur Beschwerde. Eine Eintragung, die gar nicht anders verstanden werden kann, als daß sie einen persönlichen Anspruch auf Löschung einer Hypothek sichern soll, unterliegt demgemäß der Beschwerde nicht einzig und allein deswegen, weil sie sich als das, was sie tatsächlich ist, nämlich als eine Vormerkung, nicht ausdrücklich bezeichnet (vergl. Güthe, GBO. S. 818 Anm. 22). Handelte es sich also vorliegendenfalls bloß um das Fehlen des Ausdrucks Vormerkung, so würde die weitere Beschwerde keinen Erfolg haben können. Der Beschwerdeantrag geht indes seiner Fassung nach weiter. Die Beschwerdeführerin fordert ganz allgemein, daß ihrem Eintragungsgesuche, dem durch den Vermerk zu Abt. III Nr. 15 und 16:

> „Die Verpflichtung des Eigentümers, diese Posten zur Löschung zu bringen bei Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person wird eingetragen zugunsten der Gläubigerin der Post Abteilung III Nr. 18. Berichtigt am 4 September 1905"

nicht entsprochen worden sei, in vollem Umfange stattgegeben werde, und das Gesuch war auf die Eintragung der bewilligten Vormerkung für sie (die Beschwerdeführerin), als Gläubigerin der Post Abt. III Nr. 18, nicht dagegen auf Eintragung „für die Gläubigerin der Post Abt. III Nr. 18" gerichtet. In der Eintragungsbewilligung ist die P. Aktiengesellschaft als Anspruchsberechtigte bezeichnet. Daß sie nur in ihrer Eigenschaft als Gläubigerin der Post Abt. III Nr. 18 anspruchsberechtigt sein sollte, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, es kann aber wegen des Zusammenhanges mit den vorausgegangenen Erklärungen, ihrer eigenen Auslegung entsprechend, aus der Eintragungsbewilligung entnommen werden. Dagegen geben die Worte „zugunsten der Gläubigerin der Post Abt. III Nr. 18" den Sinn der Eintragungsbewilligung nicht richtig wieder; sie erwecken den Anschein, als stände der Löschungsanspruch dem jeweiligen Inhaber der Post Abt. III Nr. 18, also nicht nur der P. Aktiengesellschaft, sondern auch ihren etwaigen Rechtsnachfolgern zu, als wäre der Löschungsanspruch gewissermaßen ein Zubehör der Post Abt. III Nr. 18, während in Wirklichkeit zunächst nur die P. Aktiengesellschaft anspruchsberechtigt und ihr persönlicher Löschungsanspruch an die Bedingung geknüpft ist (vergl. § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB.), daß sie Inhaberin der Post Abt. III Nr. 18 bleibt. Tritt die genannte Gesellschaft die Post Abt. III Nr. 18 an einen

Digitized by Google

anderen ab, so mag sie auch befugt sein, den durch die Vormerkung gesicherten Löschungsanspruch mit der Vormerkung an ihn abzutreten. Der Löschungsanspruch geht aber keineswegs ohne weiteres auf den Zessionar der Post Abt. III Nr. 18 über, er muß vielmehr, soweit er übertragbar ist (vergl. § 399 BGB.), besonders übertragen werden (vergl. Planck zu § 401 Anm. 1 Abs. 2, zu § 883 Anm. 4). Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt den Begriff des „Zubehörs" nur bei beweglichen Sachen (vergl. § 97); es ist deshalb rechtlich unmöglich, daß ein rein persönlicher Anspruch auf Löschung mit dem Gläubigerrecht an der Hypothek, deren wirtschaftlicher Wert durch ihn erhöht werden soll, zu einer rechtlichen Einheit verbunden wird. Der Löschungsanspruch kann durch das Gläubigerrecht an der Hypothek bedingt, nicht aber dem jeweiligen Inhaber der Hypothek rechtswirksam eingeräumt werden. Demgemäß kann auch die den Anspruch sichernde Vormerkung immer nur einem bestimmten Berechtigten für seine Person zustehen. Subjektiv dingliche Vormerkungen gibt es ebensowenig, wie subjektiv dingliche Löschungsansprüche (vergl. § 241 BGB.), der Kreis der subjektiv dinglichen Rechte ist bestimmt beschränkt, und er kann durch die Willkür der Beteiligten nicht erweitert werden.

Hieraus ergibt sich, daß der Berichtigungsvermerk wiederum der Berichtigung bedarf, und der weiteren Beschwerde ist demgemäß dahin stattzugeben, daß das Amtsgericht angewiesen wird, in Spalte Veränderungen der Abteilung III zu den Posten Nr. 15 und 16 folgendes zu vermerken:

„Der durch die Vormerkung vom 20. Juli/4. September 1905 zusichernde Anspruch auf Löschung steht nicht der jeweiligen Gläubigerin der Hypothek Abteilung III Nr. 18, sondern der P. Aktiengesellschaft in Berlin, in ihrer Eigenschaft als Gläubigerin der Hypothek Abteilung III Nr. 18, zu; eingetragen am . . ."

Durch diese Fassung des Berichtigungsvermerkes, welche der in dem amtlichen Formular empfohlenen Formulierung entspricht, wird gleichzeitig dem Wunsche der Beschwerdeführerin nach ausdrücklicher Bezeichnung der Eintragung als Vormerkung Rechnung getragen. Für das Gericht der weiteren Beschwerde ist jedoch nicht dieser Wunsch, sondern die Erwägung maßgebend, daß der Inhalt des amtlichen Formulars auch da, wo er nicht die Bedeutung einer Rechtsverordnung, also nicht bindende Kraft hat, im Interesse der Einheitlichkeit der Grundbucheinrichtung und der Förderung der Uebersichtlichkeit von den Gerichten zu berücksichtigen ist.

Zeitpunkt, in welchem die Vollziehung des Arrestes in ein Grundstück durch Stellung des Antrags auf Eintragung einer Sicherheitshypothek als erfolgt anzusehen ist, wenn der Erledigung des Antrags ein Hindernis entgegensteht, das demnächst innerhalb der vom Grundbuchamte bestimmten Frist gehoben wird; Pflicht des Grundbuchrichters, von Amts wegen zu prüfen, ob im Zeitpunkte der Hebung des Hindernisses die für die Zulässigkeit der Vollziehung des Arrestes gesetzlich bestimmte zweiwöchige Frist nach der Zustellung des Arrestbefehls an den Gläubiger noch nicht verstrichen ist.

§ 929 Abs. 2, 3, § 932 Abs. 3 ZPO., § 18 GBO.

Digitized by Google

Unzulässigkeit der Eintragung eines Widerspruchs, solange nicht die Unrichtigkeit des Grundbuchs feststeht.

§ 54 GBO.

Unzulässigkeit der Eintragung der Verzinslichkeit bei einer unter Bestimmung des Höchstbetrags der Haftung eingetragenen Hypothek; Gültigkeit der gleichwohl unter Angabe der Verzinslichkeit erfolgten Eintragung der Hypothek in der Beschränkung auf den bestimmten Höchstbetrag.

§ 1190 BGB.

Kammergericht Berlin, 11. Januar 1906. — Bd. 7 S. 69.

Im Grundbuche von F. Bd. 32 Bl. 1264 war die Ehefrau C., geb. S., Fulda, als Eigentümerin eingetragen. Unter dem 19. Oktober 1905 hat das Landgericht auf Antrag des Kaufmanns B. gegen die Ehefrau C. geb. S. zu B. und deren Ehemann den dinglichen Arrest auf Höhe von 7000 M. nebst fünf Prozent Zinsen von 12000 M. für die Zeit vom 15. November 1903 bis 1. August 1905 und fünf Prozent Zinsen von 7000 M. seit dem 1. August 1905 angeordnet, auch bestimmt, daß durch Hinterlegung von 8300 M. die Vollziehung des Arrestes gehemmt und die Schuldner zu dem Antrag auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes berechtigt werden. Am 21. Oktober 1905 ist dem Amtsgerichte zu F. durch den Prozeßbevollmächtigten des Gläubigers B. eine Ausfertigung dieses Arrestbefehls mit dem Antrag überreicht worden, in das Grundbuch Bl. 1264 auf Grund des Arrestbefehls eine Sicherungshypothek im Höchstbetrage von 7000 M. nebst fünf Prozent Zinsen von 7000 M. seit dem 1. August 1905 einzutragen.

Das Amtsgericht hat durch Verfügung vom 23. Oktober 1905 unter Rückgabe der Ausfertigung des Arrestbefehls erwidert: Der Wohnort der Schuldnerin sei nach dem Arrestbefehle B., der der Eigentümerin nach dem Grundbuche F.; es sei deshalb eine Identitätsbescheinigung vorzulegen; der Anstand sei gemäß § 18 GBO. binnen einer Frist von zwei Wochen zu heben. Am 30. Oktober 1905 ist der Arrestbefehl den Eheleuten C. zugestellt worden. Am 1. November 1905 hat der Bevollmächtigte B.s zwecks Erledigung der Zwischenverfügung vom 23. Oktober 1905 dem Grundbuchamt einen Abmeldeschein des Einwohnermeldeamts F. überreicht, inhalts dessen die Familie C. von F. nach B. verzogen ist. Das Amtsgericht hat ihn am folgenden Tage um Einsendung des Arrestbefehls ersucht.

Am 3. November 1905 hat der Bureauvorsteher G. im Namen und in Vollmacht der Eheleute C. das Blatt 1264 eingetragene Grundstück an die Eheleute S. aufgelassen.

Am 6. November 1905 hat der Bevollmächtigte B. die Ausfertigung des Arrestbefehls nebst Zustellungsurkunden dem Amtsgericht eingereicht. Am 7. November 1905 hat das Amtsgericht in Abteilung I des Grundbuchblatts 1264 die Eheleute S. als Eigentümer und in Abteilung III unter 3 desselben Blattes eine Sicherungshypothek zum Höchstbetrage von 7000 M. nebst fünf vom Hundert Zinsen aus 12000 M. vom 15. November 1903 bis 1. August 1905 und fünf vom Hundert Zinsen von 7000 M. seit dem 1. August 1905 für B. unter Bezugnahme auf den Arrestbefehl eingetragen. Am

Digitized by Google

13. November 1905 hat das Amtsgericht weiter in Abteilung I und III des Grundbuchblatts eingetragen, daß die Sicherungshypothek dem Auflassungseintrage S. im Range vorgehe.

S. hat Beschwerde mit dem Antrag eingelegt, das Amtsgericht an zuweisen, gemäß § 54 GBO. einen Widerspruch gegen die Eintragung der Sicherungshypothek einzutragen. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen.

Auf die weitere Beschwerde ist der Beschluß des Landgerichts insoweit, als er die Beschwerde auf Eintragung eines Widerspruchs gegen die Eintragung der laufenden Zinsen zurückweist, aufgehoben und das Amtsgericht angewiesen worden, gegen die Eintragung der Hypothek zum Höchstbetrage der laufenden Zinsen einen Widerspruch für die Grundeigentümer S. einzutragen, sofern es diesen Teil der Hypothek nicht von Amts wegen löschen sollte. Im übrigen ist die weitere Beschwerde zurückgewiesen worden. In den Gründen wird dargelegt:

Der § 932 Abs. 3 ZPO. bestimmt, daß der Antrag auf Eintragung einer Sicherungshypothek zur Vollziehung eines Arrestbefehls im Sinne des § 929 Abs. 2, 3 als solche Vollziehung gilt, daß also durch die Stellung dieses Antrags die Frist des § 929 Abs. 2 gewahrt wird, daß aber anderseits durch sie auch die Frist des § 929 Abs. 3 Satz 2 in Lauf gesetzt wird. Dem Wortlaute nach gilt jeder Antrag als Vollziehung ohne Unterschied, ob er zur Eintragung der Hypothek führt oder abgelehnt wird. Dies kann aber nicht der Sinn des Gesetzes sein. Denn es ist undenkbar, daß ein Antrag, der überhaupt nicht zur Vollziehung führt, sondern abgelehnt wird, als Vollziehung gelten sollte. Darüber besteht auch in der Literatur, soweit sie diese Frage berührt, kein Zweifel. Streitig ist dagegen, ob ein Antrag, dem ein Hindernis entgegensteht und auf den deshalb eine Zwischenverfügung des mit dem Antrage befaßten Grundbuchamts im Sinne des § 18 Abs. 1 GBO. ergeht, für den Fall, daß das Hindernis demnächst innerhalb der Frist gehoben wird und daß dann die Eintragung erfolgt, schon im Zeitpunkte seines ersten Einganges oder erst im Zeitpunkte der Hebung des Hindernisses als Vollziehung des Arrestbefehls gilt. Die erstere Ansicht wird von Fischer-Schäfer, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, 1902 S. 165 und anscheinend auch von Gaupp-Stein, ZPO. Anm. II zu § 932 vertreten. Die zweite Annahme liegt dem Beschlusse des Oberlandesgerichts Colmar vom 14. Dezember 1903 (OLGRipr. 9, 84) zugrunde. Dieser letzteren Ansicht ist beizutreten, und zwar ist die Entscheidung lediglich aus dem § 932 ZPO., nicht aber aus dem § 18 GBO. zu entnehmen, denn § 18 GBO. enthält eine allgemeine Vorschrift für alle Eintragungsanträge des Inhalts, daß sie wegen eines der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses nicht notwendig abgewiesen zu werden brauchen, sondern daß zur Ersparung der Kosten solcher Abweisung und zur Wahrung des Ranges der beantragten Eintragung eine Frist zur Hebung des Hindernisses gestellt werden kann. Irgendeine besondere Beziehung des § 18 GBO., der mangels einer gesetzlichen Ausnahmebestimmung, entgegen der Ansicht von Turnau und Förster, Liegenschaftsrecht 1, 858; auch auf Zwangseintragung angewendet werden muß, zu dem Falle des Antrags auf Eintragung einer Arresthypothek besteht nicht. Er hat deshalb auch in diesem Falle nur die Bedeutung, daß die Kosten der Ablehnung vermieden und der Rang der Arresthypothek gewahrt wird, falls

Digitized by Google

eine Frist bestimmt und das Hindernis rechtzeitig gehoben wird. Ueber den Zeitpunkt aber, in dem der Arrest als vollzogen gilt, ist damit nichts gesagt. Dieser Zeitpunkt kann nur in der Zivilprozeßordnung in dem vom Arreste handelnden Abschnitte bestimmt sein, seit der Satz der Zivilprozeßordnung (§ 811 in der Fassung vom 30. Januar 1877): „die Vollziehung des Arrestes in unbewegliches Vermögen bestimmt sich nach den Landesgesetzen" gestrichen und die Vollziehung in der Zivilprozeßordnung selbst (§ 932) geregelt ist. Vor dem 1. Januar 1900 wurde der Arrest nach § 10 PrZwVG. vom 13. Juli 1883 durch Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch vollzogen. Nur durch die Eintragung selbst, nicht durch die Stellung des Antrags wurden die Fristen des § 809, jetzt § 929, gewahrt (RG. 26, 397). Dies hatte den Mißstand zur Folge, daß es auch bei formell und sachlich begründeten Anträgen von der größeren oder geringeren Pünktlichkeit des Grundbuchamts in der Erledigung des Antrags abhing, ob die Frist des § 929 Abs. 2 gewahrt wurde. Lediglich um dagegen Abhilfe zu schaffen, ist die Vorschrift des § 932 Abs. 3 eingefügt. Es sollte, wie die Motive zum Entwurfe der Novelle von 1897 (Hahn-Mugdan 8, 172) aussprechen, die Wahrung der Frist in die Hand des Gläubigers gelegt werden. Dieser Absicht genügt es, wenn der Eingang eines formgerechten Antrags, dem ein Hindernis nicht entgegenstand, oder die Hebung eines etwa entgegenstehenden Hindernisses der Vollziehung des Arrestes im Sinne des § 929 Abs. 2 ZPO. gleichgestellt wurde. Eine Absicht des Gesetzgebers, darüber hinaus auch dem Eingange solcher Anträge, denen ein Hindernis entgegenstand, die gleiche Wirkung beizulegen und ihnen damit außer dem Privileg des § 18 GBO. noch einen weiteren Vorzug beizulegen, ist in den amtlichen Motiven nicht zum Ausdrucke gekommen. Für solche Absicht lag auch nach keiner Richtung ein Bedürfnis vor. Im Gegenteile würde es befremden, wenn der Eingang unvollständiger oder sonst mangelhafter Anträge mit solcher Wirkung bekleidet wäre, da damit einerseits die Fristbestimmung des § 929 für die Arrestvollziehung in Grundstücke gegenüber der Vollziehung in bewegliche Sachen in unverständlicher Weise abgeschwächt wäre und anderseits ein Anreiz für die Gläubiger geschaffen wäre, zur Wahrung der Frist des § 929 Abs. 2 Anträge zu stellen, deren Unvollständigkeit ihnen selbst bekannt ist. Auch würde bei einer Bestimmung dahin, daß der Eingang mangelhafter Anträge als Vollziehung des Arrestes gilt, sofern das Hindernis fristgerecht gehoben wird, die Wahrung der Frist des § 929 Abs. 2 und der Beginn der Frist des § 929 Abs. 3 ZPO. von dem Ermessen des Grundbuchrichters abhängen, der darüber zu entscheiden hat, ob ein Antrag abzulehnen oder gemäß § 18 GBO. mit einer Fristbestimmung zu beantworten ist. Solcher Einfluß des Grundbuchrichters auf die Wahrung der zivilprozessualen Fristen entspricht aber nicht seiner amtlichen Stellung und sollte durch die Einfügung des § 932 Abs. 3 ZPO. nach den oben angeführten amtlichen Motiven gerade ausgeschaltet werden. Deshalb ist der § 932 Abs. 3 dahin auszulegen, daß nur die Einreichung eines formgerechten und sachlich begründeten Antrags oder, falls ihm ein Hindernis entgegensteht, dessen in der Frist des § 18 GBO. erfolgende Hebung als Vollziehung des Arrestes im Sinne des § 929 Abs. 2, 3 gilt. Uebrigens wird auch die nicht unähnliche Vorschrift im § 207 ZPO. in der

Digitized by Google

Praxis dahin ausgelegt, daß die darin vorgesehene Vergünstigung mangelhaften Gesuchen oder Schriftsätzen nicht zukommt (JW. 1900, 654 Nr. 4).

Daraus ergibt sich, daß der Arrestbefehl vom 19. Oktober 1905 erst nach Hebung der durch die Verfügungen des Grundbuchamts vom 23. Oktober und 2. November 1905 mitgeteilten Hindernisse, also am 6. November 1905 als vollzogen gelten kann. In diesem Zeitpunkte war aber ein drittes Hindernis dadurch entstanden, daß nunmehr seit dem Erlasse des Arrestbefehls mehr als zwei Wochen verflossen sein konnten. Da nach § 929 Abs. 2 ZPO. die Vollziehung eines Arrestbefehls unstatthaft ist, wenn seit der Zustelluug an den Gläubiger zwei Wochen verstrichen sind, mußte der Grundbuchrichter nunmehr gemäß § 18 GBO. eine Frist zur Führung des Nachweises setzen, daß solche Zustellung überhaupt noch nicht oder wenigstens nicht früher als zwei Wochen vor dem 6. November erfolgt war. Denn diese Voraussetzung der Zulässigkeit der Vollziehung ist von dem Grundbuchrichter von Amts wegen zu prüfen (Güthe, GBO., Anm. 117 zu § 19; Sydow-Busch, ZPO., Anm. 5 zu § 932). Die Vorschrift des § 932 Abs. 3 ZPO. kommt deshalb, da der Antrag überhaupt niemals vollständig unterstützt ist, nicht zur Anwendung. Der Arrestbefehl ist erst am 7. November 1905 durch die Eintragung der Hypothek selbst vollzogen worden.

Durch diese Vollziehung hat der Grundbuchrichter den § 929 Abs. 3 ZPO. nicht verletzt. Denn er kommt nicht zur Anwendung, da die Zustellung an die Schuldner schon am 30. Oktober 1905, also vor der Vollziehung erfolgt ist. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob der Grundbuchrichter die Wahrung der dort gesetzten Fristen zu prüfen hat oder wenigstens der ihm bekannten Tatsache der Nichtwahrung dieser Fristen durch Ablehnung der Eintragung Rechnung tragen muß, da er unwirksame Hypotheken nicht eintragen, das Grundbuch nicht mit Bewußtsein unrichtig machen darf.

Dagegen hat der Grundbuchrichter den § 929 Abs. 2 ZPO. verletzt, indem er die Hypothek eingetragen hat, ohne daß der Nachweis der Wahrung der dort bestimmten Frist geführt ist. Zur Eintragung eines Widerspruchs auf Grund der §§ 71, 54 GBO. kann dies aber nicht führen, da nicht feststeht, daß das Grundbuch dadurch unrichtig geworden ist (vergl. RJA. 6, 242). Denn es besteht, obwohl der Gläubiger am 20./21. Oktober 1905 im Besitz einer Ausfertigung des Arrestbefehls gewesen ist, die Möglichkeit, daß eine formgerechte Zustellung desselben an ihn gemäß § 929 Abs. 3 ZPO. nicht stattgefunden hat. In diesem Falle würde die Frist des § 929 Abs. 2 erst von der im Auftrage des Gläubigers bewirkten Zustellung des Arrestbefehls an den Schuldner ab laufen (zu vergl. RG. 11, 404; Güthe, a. a. O. Anm. 117 zu § 19). Die Vollziehung würde also am 7. November noch zulässig gewesen sein. So lange mit dieser Möglichkeit zu rechnen ist, darf ein Widerspruch von Amts wegen nicht eingetragen und durch das Beschwerdegericht nicht angeordnet werden.

Der Grundbuchrichter hat auch den § 18 GBO. verletzt. Er hätte, da der Antrag auf Eintragung der Sicherungshypothek bei Eingang der Auflassungsverhandlung vom 3. November 1905 noch nicht erledigt war, gemäß § 18 Abs. 2 GBO. zu seinen Gunsten eine Vormerkung eintragen und dann dem Antrag auf Eintragung der Eheleute S. als neuer Eigentümer

Digitized by Google

stattgeben müssen. Die Eintragung der Sicherungshypothek hätte dann später, wenn sie sich als nach § 929 Abs. 2 ZPO. zulässig erwies, gemäß § 19 GBO. nur mit Bewilligung der Eheleute S. oder auf Grund ihrer Verurteilung zu dieser Bewilligung erfolgen dürfen (Güthe, a. a. O., Anm. 51 zu § 18; Predari, Anm. 11 zu § 18). Indem der Grundbuchrichter statt dessen die Eintragung der neuen Eigentümer aussetzte, bis die Sicherungshypothek eingetragen war, hat er das Recht der Eheleute S. verletzt. Zur Eintragung eines Widerspruchs kann aber auch dies nicht führen, da nicht feststeht, daß das Grundbuch dadurch unrichtig geworden ist. Denn es ist anzunehmen, daß wohl zuerst die Sicherungshypothek und dann das neue Eigentum eingetragen ist, weil der Grundbuchrichter dies durch den allerdings unzulässigen Rangvermerk hat zum Ausdrucke bringen wollen. Mindestens muß mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß die Sicherungshypothek vor dem neuen Eigentum eingetragen ist. Dann ist aber die Hypothek entstanden, falls, wie oben erörtert wurde, die Frist des § 929 Abs. 2 ZPO. gewahrt ist.

Schließlich hat der Grundbuchrichter auch den § 932 Abs. 1 Halbsatz 2 ZPO. verletzt, nach welchem bei Eintragung einer Sicherungshypothek auf Grund eines Arrestbefehls der nach § 923 festgestellte Geldbetrag als der Höchstbetrag zu bezeichnen ist, für welchen das Grundstück haftet. Der Gläubiger hatte beantragt, eine Sicherungshypothek zum Höchstbetrage von 7000 M. nebst fünf vom Hundert Zinsen von 12 000 M. seit dem 15. November 1903 bis 1. August 1905 und von 7000 M. seit dem 1. August 1905 einzutragen. Dieser Antrag hätte auf Grund des § 1190 BGB. als unzulässig abgelehnt werden müssen, weil der Höchstbetrag mit Rücksicht auf die laufenden Zinsen unbestimmt ist. Für die Frage, ob der § 54 Abs. 1 GBO. anwendbar ist, ist allerdings nicht auf den Inhalt des Eintragungsantrags zurückzugehen, sondern nur der Inhalt der Eintragung selbst entscheidend. Auch dieser ist aber in sich wenigstens insoweit unzulässig, als eine Hypothek zum Höchstbetrage laufender Zinsen eingetragen ist, da solche Hypotheken weder nach § 1113 noch nach § 1184 noch nach § 1190 BGB. zulässig sind. Es kann sogar zweifelhaft sein. ob nicht die ganze Eintragung inhaltlich unzulässig ist (vergl. RJA. 3, 155). Doch ist dies verneint worden, da der Betrag von 7000 M. nnd die Zinsen von 12 000 M. für die begrenzte Zeit vom 15. November 1903 bis zum 1. August 1905 einen bestimmten Höchstbetrag darstellen und da der § 1190 nicht notwendig zu der für den Gläubiger unbilligen Folgerung führt, daß der Zusatz laufender Zinsen zu einer bestimmten Summe auch dieser den Charakter als bestimmter Höchstbetrag entzieht. Die Eintragung der laufenden Zinsen ist aber nach § 54 Abs. 2 Satz 1 GBO. von Amts wegen zu löschen. Allerdings kann dies hier nicht auf Grund des § 71 Abs. 2 GBO. angeordnet werden, weil die Beschwerde nur auf Eintragung eines Widerspruchs geht und über den Antrag nicht hinausgegangen werden darf. Doch ist wenigstens die Anweisung des Grundbuchamts zur Eintragung des Widerspruchs gegen die laufenden Zinsen für den Fall zulässig, daß es diese Zinsen nicht selbst von Amts wegen löschen sollte, da auch eine inhaltlich unzulässige Eintragung das Grundbuch unrichtig macht und insofern auch die Voraussetzungen des § 71 Abs. 2, § 54 Abs. 1 Satz 1 GBO. vorliegen.

Digitized by Google

Befugnis des Vormundschaftsgerichts, auch während der Dauer eines zwischen den geschiedenen Eltern minderjähriger Kinder anhängigen Erziehungsstreits eine von der gesetzlichen Regel abweichende Anordnung über die Sorge für die Person der Kinder zu treffen. Zulässigkeit der Erhebung von Beweisen vor dem Erlasse der Anordnung ohne Benachrichtigung oder Zuziehung der Eltern.

§ 1635 BGB., §§ 12, 15 FGG.

Reichsgericht, IV. Zivilsenat, 3. Mai 1906. — Bd. 7 S. 76.

Veröffentlicht RG. 63, 275.

Pflicht des Vormundschaftsgerichts, die für einen nicht unter Vormundschaft stehenden, infolge von Geisteskrankheit geschäftsunfähigen Volljährigen angeordnete Pflegschaft auf Antrag des Pflegebefohlenen wieder aufzuheben, falls der Antrag in einer Weise zum Ausdrucke gebracht ist, die das Verständnis des Antragstellers für den Inhalt des Antrags und seinen Willen, daß die Pflegschaft aufgehoben werden solle, erkennen läßt.

§ 104 Nr. 2, §§ 1910, 1920 BGB., § 56 Abs. 2 FGG.

Kammergericht Berlin, 15. Februar 1906. — Bd. 7 S. 79.

Der im Jahre 1873 geborene J. hat am 14. März 1901 als damaliger Postassistent zu M. einen Unfall erlitten, infolgedessen Zeichen einer geistigen Störung bei ihm aufgetreten sind. Noch im Jahre 1901 ist auf Grund des § 1910 Abs. 2 BGB. eine Pflegschaft über ihn eingeleitet. Zeitiger Pfleger ist der Rechtsanwalt H. zu K., dessen Wirkungskreis nach seiner Bestellung die Vermögensangelegenheiten des Pfleglings umfaßt. Der Postassistent a. D. J. hat im März 1905 die Aufhebung der Pflegschaft beantragt; das Vormundschaftsgericht hat den Antrag abgelehnt und dabei ausgeführt: Es sei zu prüfen, ob der Antragsteller sich etwa bei Stellung des Antrags in einem Zustande befunden habe, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen sei, denn in diesem Falle würde der Antrag nichtig sein. Die Gutachten der Aerzte X., Y., Z. liefen alle darauf hinaus, daß J. dauernd geisteskrank sei. Ihnen gegenüber könne das Gutachten des Sanitätsrats Dr. Th. nicht beweisen, daß die Geisteskrankheit erloschen und J. geistig normal sei, zumal es auf nur zwei Unterredungen beruhe. J. müsse sich daher zunächst einer gründlichen Beobachtung durch einen beamteten Arzt oder in einer staatlichen Irrenanstalt unterwerfen, ehe die Pflegschaft aufgehoben werden könne.

Die gegen diese Verfügung eingelegte Beschwerde hat das Landgericht kostenpflichtig zurückgewiesen. J. hat weitere Beschwerde eingelegt. Er beantragt, die Vorentscheidungen aufzuheben, rügt Verletzung der §§ 104, 1910 BGB. und überreicht ein Gutachten des Medizinalrat Dr. L. in B., nach dessen Inhalt die geistigen Gebrechen, welche ihn an der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten verhindert haben, geschwunden sein sollen.

Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht die Pflegschaft aufgehoben. In den Gründen wird ausgeführt:

Der . . . Ablehnungsgrund des Amtsgerichts geht dahin, daß J. sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinde und nach § 104 Nr. 2 BGB. geschäfts-

Digitized by Google

unfähig und daß deshalb das etwa von ihm gestellte Verlangen auf Aufhebung der Pflegschaft nichtig sei. Die Feststellung der Geschäftsunfähigkeit auf Grund der vorliegenden Gutachten liegt auf tatsächlichem Gebiet und ist nach § 27 FGG. dem Angriffe durch die weitere Beschwerde entzogen. Der aus ihr gezogene Schluß aber, daß das gestellte Verlangen nichtig sei, ist rechtsirrig. Der § 1910 Abs. 2 BGB., nach welchem ein Volljähriger, der infolge geistiger Gebrechen einzelne seiner Angelegenheiten oder einen Kreis solcher nicht zu besorgen vermag, für diese Angelegenheiten einen Pfleger erhalten kann, findet auch auf Geisteskranke im Sinne des § 104 Nr. 2, obwohl sie allgemein zur Besorgung ihrer Angelegenheiten außerstande sind, insofern Anwendung, als ihnen für einzelne Angelegenheiten oder einen Kreis solcher ein Pfleger bestellt werden kann (zu vergl. RG. 52, 240 ff., RJA. 5, 10). Der § 1920 BGB. bestimmt allgemein, daß eine nach § 1910 angeordnete Pflegschaft aufzuheben ist, wenn der Pflegebefohlene die Aufhebung beantragt. Eine Ausnahme für die Pflegschaft über Geisteskranke ist dabei nicht gemacht und die Entstehungsgeschichte des § 1920 ergibt nicht, daß eine solche Ausnahme in Erwägung gezogen ist. Deshalb muß es als nicht im Sinne des Gesetzes liegend angesehen werden, daß Geisteskrankheit des Pflegebefohlenen allgemein die Nichtigkeit seines Antrags auf Aufhebung der Pflegschaft zur Folge habe. Es muß vielmehr unterschieden werden, ob sie ihm die Aeußerung eines verständlichen Verlangens auf Aufhebung der Pflegschaft unmöglich macht oder nicht. Erstenfalls kann er einen Antrag im Sinne des § 1920 überhaupt nicht stellen, letztenfalls ist sein Antrag wirksam. Dieser Unterschied wird auch sonst gemacht. So hat das Reichsgericht (Entsch. in Strafs. 1, 149; 29, 324) für den Strafprozeß anerkannt, daß in der Hauptverhandlung eine Verständigung mit einem Geisteskranken möglich sein kann und daß seine Verhandlungsfähigkeit Gegenstand der Feststellung im Einzelfall ist. Ebenso ist im Entmündigungsverfahren die Prozeßfähigkeit des Geisteskranken für die Anfechtungsklage aus § 664 ZPO. und seine Fähigkeit, persönlich ohne Beitritt seines Prozeßbevollmächtigten ein Ablehnungsgesuch anzubringen, unter der zwar nicht besonders ausgesprochenen, aber selbstverständlichen Voraussetzung, daß er fähig ist, das Gesuch verständlich auszudrücken, angenommen worden (RG. 35, 351 ff., 358). Würde der Unterschied für § 1920 nicht gemacht, so ergäbe sich die unannehmbare Folge, daß der als geisteskrank Angesehene gegen die ihn, wenn auch nicht rechtlich in der Geschäftsfähigkeit, so doch tatsächlich in der freien Besorgung seiner Angelegenheiten einschränkende Einleitung einer Pflegschaft kein Rechtsmittel hätte. Denn er würde dann nicht nach § 1920 BGB. antragsberechtigt und demgemäß auch nach § 59 Abs. 2 FGG. nicht beschwerdeberechtigt sein. Diese Folge stände im schroffen Widerspruche dazu, daß im Entmüdigungsverfahren nach § 645 ZPO. weitgehende Fürsorge getroffen ist, um vor der Entmündigung eine erschöpfende Erörterung der Frage der Geisteskrankheit zu sichern und um dem Entmündigten Rechtsbehelfe gegen die Entscheidung des Amtsgerichts zu geben. Auch für die Frage, ob eine Verständigung mit dem Kranken möglich und ob mangels solcher Möglichkeit die Einleitung der Pflegschaft aus § 1910 ohne seine Einwilligung zulässig ist, hat das Kammergericht neuerdings (KGJ. 30 A, 28; RJA. 6 ,2) angenommen, daß eine Verständigung nicht schon bei Vorliegen des Tatbestandes des § 104 Nr. 2 BGB., sondern erst dann unmöglich

Digitized by Google

ist, wenn der Gebrechliche die Bedeutung der Pflegschaftsanordnung nicht versteht und sich über sie nicht verständlich äußern kann. Das gleiche muß für den Antrag des § 1920 gelten und ist für diesen auch schon in dem Beschlusse des Kammergerichts vom 26. September 1904 (KGJ. 28 A, 176; RJA. 4, 196) ausgesprochen. Daß bezüglich der Verständigung im Sinne des § 1910 im Beschlusse des obersten Landesgerichts München vom 6. Mai 1905 (RJA. 6, 27) eine abweichende Ansicht vertreten ist, gibt keine Veranlassung, die vorliegende Beschwerde gemäß § 28 Abs. 2 FGG. dem Reichsgerichte vorzulegen, da es sich hier um die Auslegung des § 1920 handelt.

Demnach ist hier nur zu prüfen, ob der Beschwerdeführer seinen Antrag auf Aufhebung der Pflegschaft in einer Weise zum Ausdrucke gebracht hat, welche sein Verständnis für dessen Inhalt und seinen Willen, die Pflegschaft solle aufgehoben werden, erkennen läßt. Dies kann nach dem Inhalte seiner Eingaben . . . . keinem Zweifel unterliegen . . . .

Pflicht des Vormundschaftsgerichts, einem Vertrage, durch den eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person an Kindesstatt angenommen wird, die Genehmigung zu versagen, wenn der Vertrag ungültig ist oder auch nur erhebliche Zweifel an der Gültigkeit bestehen.

§ 1751 BGB.

Kammergericht Berlin, 15. März 1906. — Bd. 7 S. 82.

Die Z.schen Eheleute zu A. haben durch notariellen, mit dem C. unter Genehmigung seiner Ehefrau geschlossenen Vertrag den C. und dessen zwei Jahre alten Sohn adoptiert. Dabei ist bestimmt, daß die beiden Adoptierten in Zukunft ausschließlich den Namen Z. führen werden, ohne Beifügung des bisherigen Familiennamens, und daß ein Erbrecht für die Angenommenen oder ihre Abkömmlinge den Annehmenden gegenüber ausgeschlossen sein soll. Der Vormundschaftsrichter, welchem der Vertrag mit Rücksicht auf die Beteiligung eines Minderjährigen zur Genehmigung vorgelegt worden ist, hat diese versagt, weil sich aus den angestellten Ermittelungen ergebe, daß durch die Adoption ein persönliches Verhältnis der Adoptiveltern zu den Adoptivkindern nicht begründet werden solle, diese vielmehr nur den Zweck habe, eine Namensänderung herbeizuführen. Uebrigens sei auch nicht ersichtlich, welches Interesse der Minderjährige daran habe, an der Namensänderung teilzunehmen.

Die vom Vater erhobene Beschwerde macht geltend, daß der Vormundschaftsrichter nur zu prüfen habe, ob der Vertrag die Interessen des Kindes verletze. Vorliegend aber verlange das Interesse des Kindes gerade die Genehmigung. Der Vertrag sei bereits für den Vater durch die gerichtliche Bestätigung bindend geworden und, wenn das Kind nicht an der Namensänderung des Vaters teilnehme, werde der Anschein erweckt, als ob es ein uneheliches Kind sei. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Es hat erwogen: Zweck der Adoption sei die Begründung eines Familienverhältnisses. Vorliegend könne hiervon keine Rede sein. Es erhelle nicht, daß vor Schließung eines Adoptionsvertrags irgendwelche nähere Beziehungen zwischen den Eheleuten Z. und der Familie C. bestanden hätten. Letztere seien Israeliten, erstere Christen. Ein Erbrecht der Angenommenen und deren Abkömmlinge sei ausgeschlossen. Danach sei als Zweck des Vertrags nicht eine Annahme

Digitized by Google

an Kindesstatt, sondern eine Namensänderung anzusehen. Nach Mitteilung der Polizeidirektion habe der Beschwerdeführer schon im Jahre 1901 um Genehmigung der Führung eines anderen Namens nachgesucht, der Antrag sei aber abgelehnt worden. Der Vormundschaftsrichter habe deshalb mit Recht die Genehmigung zu einem Vertrage versagt, welcher kein Familienverhältnis, sondern nur eine Namensänderung herbeizuführen bezwecke. Allerdings sei nicht zu verkennen, daß die Namensänderung des Vaters für das seinen Namen C. behaltende Kind Unzuträglichkeiten haben könne.

Auch die weitere Beschwerde ist vom Kammergerichte zurückgewiesen worden aus folgenden Gründen:

Zuzugeben ist dem Beschwerdeführer, daß nach der Stellung des Vormundschaftsgerichts als einer dem Schutze Bevormundeter und Minderjähriger dienenden Behörde die Prüfung von Rechtsakten des Vormundes zum Zwecke der gerichtlichen Genehmigung nur unter dem Gesichtspunkte des Wohles des Minderjährigen erfolgen darf. Die Wahrung von Interessen, welche über diesen Rahmen hinausgehen, liegt nicht dem Vormundschaftsrichter ob. Das Kammergericht hat auch bereits angenommen, daß, wenn zwischen dem Minderjährigen und seinen Gegenkontrahenten Streit über die Rechtswirksamkeit eines abgeschlossenen Vertrags besteht, dieser Streit vom Prozeßrichter zu entscheiden und der Vormundschaftsrichter nur mit der Prüfung befaßt ist, ob der Vertrag, seine Gültigkeit vorausgesetzt, dem Interesse des Mündels entspricht. Anders aber liegt die Sache, wenn ein Vertrag über die Regelung der Beziehungen der Vertragschließenden hinausreicht und zugleich Wirkungen hervorruft, welche unter der Herrschaft des öffentlichen Rechtes stehen. Das ist hier der Fall. Eine der wichtigsten Wirkungen eines Adoptionsvertrags ist die Namensänderung des Adoptierten. Das Namensrecht gehört aber nicht ausschließlich den Privat-, sondern zugleich auch dem öffentlichen Rechte an. Daraus folgt, daß alle Behörden, denen gegenüber es auf die richtige Namensführung ankommt zur Prüfung befugt sind, ob jemand den Namen, unter welchem er auftritt, zu führen berechtigt ist, und insbesondere auch, wenn jemand sich auf Erwerb seines Namens durch Annahme an Kindesstatt beruft, ob ein rechtsgültiger Adoptionsvertrag vorliegt. Die Bestätigung desselben bezw. die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung vermag eine Nichtigkeit nicht zu heilen (zu vergl. OLGRspr. 7, 425 ff.; 8, 375; KGJ. 22 A, 250). Handelt es sich aber um die Genehmigung eines nicht bloß das Privatrecht berührenden, sondern auch in das öffentliche Recht hinüberreichenden Vertrags, so hat der Vormundschaftsrichter nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, die Rechtswirksamkeit desselben zu prüfen, soweit das Mündelwohl dies erfordert. Das aber ist hier der Fall. Im Prozeßwege kann die Gültigkeit des Adoptionsvertrags nicht zum Austrage gebracht werden, da unter den Kontrahenten ein Streit gar nicht besteht. Nun liegt aber auf der Hand, daß es dem Interesse des Mündels durchaus widerspricht, daß er durch den Adoptionsvertrag berechtigt und verpflichtet wird, einen Namen zu führen, der im Verkehre mit den Behörden als ein berechtigter nicht anerkannt wird. Aber selbst eine bloße Unklarheit über den Namen, weil die Rechtsgültigkeit des Adoptionsvertrags zweifelhaft ist, verletzt schon das Interesse des Minderjährigen, da über ein so wichtiges, in alle Lebensverhältnisse eingreifendes Recht wie das der Namensführung völlige Klarheit bestehen muß. Der Umstand, daß der Vater des

Digitized by Google

Minderjährigen sich mit Rücksicht auf die Bestätigung des Vertrags des Namens des Adoptivvaters bedient, ist belanglos. Denn wenn der Vertrag nichtig ist, so darf auch der Vater trotz der Bestätigung den neuen Namen nicht führen. Tut er es dennoch, so mag er damit gegen die Interessen des Sohnes handeln, insofern dadurch im bürgerlichen Leben eine Namensverschiedenheit zwischen Vater und Sohn hervortritt, die Nachteile für letzteren haben mag. Allein diese Benachteiligung des Sohnes durch den Vater kann der Vormundschaftsrichter nicht durch die Genehmigung des Vertrags beseitigen, da der Sohn damit nicht einen Namen erwirbt, den er nach dem ungültigen Vertrage nicht führen darf. Von diesem Standpunkt aus waren die Vorinstanzen berechtigt und verpflichtet, den Adoptionsvertrag auf seine Rechtsgültigkeit hin zu prüfen und ihr Ergebnis ist kein das Gesetz verletzendes.

Zweck und Inhalt eines Adoptionsvertrags ist die Begründung eines Kindes- und Familienverhältnisses zwischen dem Annehmenden und dem Angenommenen und es ist lediglich eine Folge des so geschaffenen Verhältnisses, daß der Adoptierte den Namen und Stand des Adoptivvaters teilt. Es besteht deshalb kein Streit darüber, daß, wenn nach dem Willen der Kontrahenten der Inhalt des Vertrags lediglich in der Namensübertragung, nicht auch in der Erzeugung der übrigen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern bestehen soll, die Einkleidung der Vereinbarung in die äußere Form eines Adoptionsvertrags eine Simulation enthält und als simulierter Vertrag rechtsunwirksam ist (RG. 29, 123 ff., 132; KGJ. 22 A, 250; OLGRspr. 6, 289; 7, 425; 8, 375). Einen solchen bloßen Namensübertragungsvertrag haben die Vorinstanzen hier angenommen und ein Rechtsirrtum läßt sich darin nicht erblicken. . . . Dann aber ist der Adoptionsvertrag ungültig und das Interesse des Minderjährigen erforderte die Versagung der Genehmigung. Aber selbst wenn man Zweifel an der Rechtsgültigkeit hegen wollte, so sind diese Zweifel doch im vorliegenden Falle so erheblich, daß auch schon die Unsicherheit der hinsichtlich der Namensführung entstehenden Rechtsverhältnisse zu einer Versagung der Genehmigung führen muß.

Antrag auf Erteilung eines Erbscheins; Nachweis der ehelichen Abstammung eines Kindes durch Vorlegung der Geburtsurkunde, ohne daß es daneben der Vorlegung der Heiratsurkunde über die Eheschließung der Eltern bedarf.

§ 15 PStG., § 2356 BGB.

Oberlandesgericht Colmar, 22. Juli 1905. — Bd. 7 S. 95.

S. hat bei dem Amtsgerichte zu C. die Erteilung eines Erbscheins nach seinem im Jahre 1903 verstorbenen Vater beantragt. Das Amtsgericht hat den Antrag abgelehnt, weil der Antragsteller zum Nachweise seiner ehelichen Abstammung vom Erblasser nur seine Geburtsurkunde, nicht aber die Heiratsurkunde seiner Eltern vorgelegt hat. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Der weiteren Beschwerde ist stattgegeben worden aus folgenden Gründen:

Nach § 15 PStG. vom 6. Februar 1875 in der vom 1. Januar 1900 ab in Geltung befindlichen Fassung beweisen die ordnungsmäßig geführten Standesregister diejenigen Tatsachen, zu deren Beurkundung sie bestimmt sind, bis zum Nachweise des Gegenteils. Die Geburtsregister sind, wie das Reichsgericht in mehreren ausführlich begründeten Entscheid. in Straff. (2, 304; 26,

Digitized by Google

348) zutreffend ausgeführt hat, nicht nur zur Beurkundung der Geburt einer, sondern auch zur Beurkundung darüber bestimmt, von welchen Eltern die Person abstammt und ob diese Abstammung eine eheliche ist. Aus dem Geburtsregister soll der Personenstand des Kindes, wie er sich aus dessen Geburt ergibt, zu ersehen sein; dazu gehört insbesondere die Tatsache, ob das Kind ehelich ist. Zu diesem Zwecke ist im § 22 Nr. 5 des Gesetzes die Angabe der Eltern des Kindes nach Vor- und Familiennamen, Stand, Gewerbe, Wohnort usw. vorgeschrieben, Angaben, die keineswegs nur zur Feststellung der Identität des Kindes, sondern für seine rechtlichen Verhältnisse, seinen Familienstand von Bedeutung sind. Das Geburtsregister beweist deshalb bis zum Nachweise des Gegenteils auch die eheliche Abstammung des Kindes und es bedarf deshalb zur Führung dieses Nachweises nicht der von den Vorderrichtern verlangten Vorlage der Heiratsurkunde der Eltern des Antragstellers behufs Ausstellung eines Erbscheins nach seinem Vater (zu vergl. in diesem Sinne auch Planck, Anm. 1 b β zu § 2356 BGB.). Die entgegengesetzte Auffassung, welche insbesondere von Weißler (Nachlaßverfahren 212) und Maerker (Nachlaßbehandlung (17) S. 351) sowie von Sartorius (PStG., Anm. 5 zu § 22) vertreten wird, wird damit begründet, daß es sich um den Beweis der Eheschließung handle, welcher nur durch das Heiratsregister geführt werden könne. Diese Begründung ist jedoch unrichtig; es handelt sich nicht um den Beweis der Eheschließung, sondern um den Beweis der ehelichen Abstammung des Kindes, zu dessen Führung das Geburtsregister bestimmt ist.

Der § 15 PStG. muß sinngemäß auch Anwendung finden auf solche Standesurkunden, welche vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes in Elsaß-Lothringen nach den Vorschriften des damals geltenden französischen Rechtes ordnungsmäßig errichtet sind, da diese Vorschriften in allen wesentlichen Punkten mit den Vorschriften des Personenstandsgesetzes übereinstimmen.

Zulässigkeit der Erteilung eines besonderen Erbscheins für einen Miterben, auch wenn ungewiß ist, ob sich nicht der Erbteil, über welchen der Erbschein erteilt werden soll, durch den Wegfall eines Miterben erhöhen wird.

§ 2353 BGB.

Kammergericht Berlin, 25. Januar 1906. — Bd. 7 S. 100.

Durch rechtskräftiges Ausschlußurteil des Amtsgerichts C. vom 1. September 1904 ist der Landwirt Friedrich D. für tot erklärt und ist als Zeitpunkt seines Todes der 31. August 1904 festgestellt worden. Friedrich D., der unverheiratet war und dessen Eltern vor ihm verstorben sind, hat hinterlassen seine drei Geschwister Johann, Gustav und Marie und seinen Halbbruder Emil D. Gustav und Marie haben zur notariellen Verhandlung vom 22. Juli 1905 eidesstattlich versichert, daß die drei Geschwister und der Halbbruder die alleinigen Erben des Friedrich D. seien, und zwar die Geschwister zu je $^2/_7$, der Halbbruder zu $^1/_7$, und haben beantragt, ihnen einen gemeinschaftlichen Erbschein nach dem Erblasser auszustellen. In einer späteren Eingabe vom 22. August 1905 hat der instrumentierende Notar einen abgeänderten Antrag dahin gestellt, dem Gustav und der Marie D. einen Erbschein über ihr Erbrecht und über die Größe ihrer Erbteile an dem Nachlasse des Friedrich D. gemäß § 2353 BGB. zu erteilen. Der Miterbe Johann D. ist unbekannten

Digitized by Google

Aufenthalts. Das Amtsgericht, bei welchem die Erteilung des Erbscheins beantragt worden ist, hat von Amts wegen Ermittelungen über den Aufenthaltsort des Johann D. angestellt und hat in Aussicht genommen, einen Abwesenheitspfleger für Johann D. zu bestellen, der sich über Annahme der Erbschaft im Namen des Johann D. erklären soll. Das Verfahren auf Bestellung eines Pflegers ist noch nicht zum Abschlusse gelangt. Gustav und Marie D. wollen die Beendigung dieses Verfahrens nicht abwarten, sondern begehren, daß ihnen über ihre feststehenden Erbteile von je $^2/_7$ ein Erbschein erteilt werde.

Das Amtsgericht hat es abgelehnt, zurzeit dem Antrage zu entsprechen, da, solange nicht feststehe, ob Johann D. die Erbschaft angenommen habe, auch die Erbteile der übrigen Erben nicht feststänben. Die hiergegen von Gustav und Marie D. eingelegte Beschwerde ist vom Landgerichte aus demselben Grunde zurückgewiesen worden.

Auf die weitere Beschwerde ist die Sache unter Aufhebung der Beschlüsse der Vorinstanzen an das Amtsgericht zurückverwiesen worden aus folgenden Gründen:

Nach § 2353 BGB. hat das Nachlaßgericht dem Erben auf Antrag ein Zeugnis über sein Erbrecht und, wenn er nur zu einem Teile der Erbschaft berufen ist, über die Größe des Erbteils zu erteilen. Unterstellt man zunächst, daß der Notar legitimiert war, in Abänderung des von den Beschwerdeführern in der notariellen Verhandlung vom 22. Juli 1905 gestellten Antrags auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins den Antrag vom 22. August 1905 im Namen der Beschwerdeführer zu stellen, so haben diese die Erteilung eines Sondererbscheins über die Größe ihre Erbteile beantragt. Entgegen den Vorinstanzen müssen die Voraussetzungen für die Erteilung eines solchen Erbscheins für gegeben erachtet werden. Der Fall liegt anders als in der KGEntsch. vom 24. Juni 1901 (KGJ. 22 A, 61; RJA. 2, 160). Dort hatte der Erblasser eine schwangere Witwe und eheliche Kinder als Erben hinterlassen und war die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt worden. Die Erbteile der Kinder standen dort zu einem bestimmten Bruchteile noch nicht fest, vielmehr hingen sie von der zu erwartenden Geburt der Leibesfrucht ab. Wurden von der schwangeren Witwe des Erblassers ein oder mehrere Kinder geboren, so wurden diese den lebenden Kindern gemäß § 1923 Abs. 2 BGB. vom Todestage des Erblassers ab gleichberechtigt. Es waren demnach die Erbteile der gegenwärtig lebenden Kinder noch ungewiß und konnte daher die Größe ihrer Erbteile nicht durch einen Erbschein festgestellt werden. Deshalb hat das Kammergericht dort die Erteilung eines Erbscheins, wenigstens hinsichtlich der Erbteile der Kinder, für unzulässig erklärt. Aehnliche Fälle der Ungewißheit der Erbteile können beim Vorliegen eines der Gründe aus § 2043 Abs. 2 BGB. gegeben sein; von einer Ehelichkeitserklärung, von der Bestätigung einer Annahme an Kindesstatt, von der Genehmigung einer Stiftung kann die Größe der den Erben zustehenden Erbteile derart abhängen, daß diese sich gegenwärtig nicht bestimmen lassen. Auf solche Fälle trifft die in der erwähnten Entscheidung in bezug genommene Bemerkung in den Motiven zum BGB. 5, 559 zu, daß, weil der Umfang des Erbrechts in dem Erbschein anzugeben sei, das Nachlaßgericht nicht in der Lage sei, einen Erbschein für einen Miterben auszustellen, wenn der Erbteil noch ungewiß sei. Im gegebenen Falle steht aber unbedingt fest, daß den beiden Beschwerdeführern an dem Nachlasse des Erblassers Erbanteile von je $^2/_7$

Digitized by Google

zustehen. Ungewiß ist nur, ob ihnen nicht noch ein weiterer Erbteil zugefallen ist oder zufallen wird, wenn ein als gleichberechtigter Erbe in Betracht kommender Bruder des Erblassers, Johann D., der verschollen ist, vor dem Erblasser verstorben sein oder zwar noch am Leben sein, aber die Erbschaft ausschlagen sollte. Den Beschwerdeführern wegen der Möglichkeit des Eintritts dieses ihnen günstigeren Falles einen Erbschein über ihren gegenwärtig feststehenden, ihnen unter allen Umständen verbleibenden Erbteil zu versagen, läßt sich nicht rechtfertigen; sie würden durch diese Versagung beispielsweise gehindert, über den ihnen in jedem Falle zustehenden Erbteil von $^2/_7$ gemäß § 2033 BGB. zu verfügen (Dernburg, Das Bürgerliche Recht, Bd. 5 § 159 S. 442). Daß die anderen Miterben, insbesondere Johann D., entweder selbst oder durch einen für ihn bestellten Abwesenheitspfleger, ihrerseits die Erbschaft angenommen haben, brauchen die Beschwerdeführer nicht nachzuweisen. Ein solcher Nachweis ist gemäß § 2357 Abs. 3 BGB. nur zu erbringen, wenn ein gemeinschaftlicher Erbschein für alle Miterben verlangt wird (KGJ. 27 A. 189; RJA. 4, 89).

Demnach haben die Vorinstanzen das Gesetz verletzt, indem sie den Beschwerdeführern die Erteilung eines besonderen Erbscheins über ihre Erbteile von je $^2/_7$ deswegen versagt haben, weil nicht feststehe, daß Johann D. die Erbschaft angenommen habe. Es unterlagen daher die Entscheidungen der Vorinstanzen der Aufhebung. Jedoch besteht gegen die Erteilung eines Erbscheins noch ein formelles Bedenken. Der Notar, welcher die Erklärung der Beschwerdeführer in der Verhandlung vom 22. Juli 1905 beurkundet hat, war nicht legitimiert, den Antrag auf Erteilung eines besonderen Erbscheins namens der Beschwerdeführer zu stellen. —

Dies wird, unter Hinweis auf den Beschluß des Kammergerichts vom 4. Februar 1904 (RJA. 4, 135 ff.) näher dargelegt.

Antrag des Erben auf Anordnung der Nachlaßverwaltung vor der Annahme der Erbschaft; Beschwerderecht des Antragstellers, welcher nach der Einleitung der Nachlaßverwaltung die Erbschaft ausgeschlagen hat, und des infolge seiner Ausschlagung als Erbe Berufenen gegen die Verfügung, durch welche dem Antrage stattgegeben worden ist.

§ 76 Abs. 1 FGG., § 1953 Abs. 1, § 1981 Abs. 1 BGB.

Kammergericht Berlin, 1. Februar 1906. — Bd. 7 S. 102.

Am 6. September 1905 starb in T. der daselbst ansässige Kaufmann Johann S. mit Hinterlassung eines am 28. August errichteten notariellen Testaments, in welchem er seine Mutter, die Witwe S., geb. B., zur Alleinerbin berufen und ihr eine Reihe von Vermächtnissen auferlegt hatte. Am 9. September 1905 wurde das Testament eröffnet. Am 12. September 1905 erschien die Witwe S. auf der Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts in T. und erklärte protokollarisch: Da sie über den Nachlaß noch keinen Ueberblick gewonnen habe, so wisse sie nicht, ob nicht die Passiva größer als die Aktiva seien. Sie beantragte als Erbin, um sich vor eventuellen Nachteilen zu sichern, die Nachlaßverwaltung einzuleiten. Das Amtsgericht gab dem Antrage statt und bestellte den Kaufmann Leo S., einen Bruder des Erblassers, zum Nachlaßverwalter. Als bald darauf ein Gläubiger über die Einleitung der Nachlaß-

Digitized by Google

verwaltung Auskunft forderte und hierbei die Ansicht aussprach, daß die auf Antrag der Witwe S. erfolgte Einleitung die Annahme der Erbschaft voraussetze, trat das Amtsgericht dieser Auffassung unter Hinweis auf Maercker, Nachlaßbehandlung (16) 277, entgegen. Am 21. Oktober 1905 reichte die Witwe S. dem Nachlaßgerichte die notariell beglaubigte Erklärung ein, daß sie die Erbschaft aus dem Testament ihres Sohnes Johann vom 28. August 1905 ausschlage, und am 3. November 1905 fand vor dem Nachlaßgericht eine Verhandlung statt, in welcher die Witwe S. und deren Kinder Marie, Josef, Leo, Elisabeth, Julius und Klara, die Witwe S. zugleich als elterliche Gewalthaberin der letztgenannten, die Töchter Marie und Elisabeth unter Zustimmung ihrer mitanwesenden Ehemänner, zu gerichtlichem Protokoll erklärten, daß infolge der Ausschlagung der testamentarischen Erbschaft seitens der Witwe S. sie und der Pharmazeut Aloysius S. als gesetzliche Erben ihres Sohnes und Bruders Johann berufen seien, die Erbschaft auf Grund dieser Berufung jedoch ausschlügen. Noch in der Verhandlung wurde den Erschienenen seitens des Richters eröffnet, daß die auf den Antrag der Witwe S. als alleiniger testamentarischer Erbin eingeleitete Nachlaßverwaltung infolge des Ausschlagens der Erbschaft aus dem Testamente hinfällig geworden sei und nach Ermittelung der gesetzlichen Erben des Johann S. aufgehoben werde, woraufhin der Nachlaßverwalter Leo S. seine Bestallung zurückreichte. Außerdem erließ das Amtsgericht am 3. November 1905 einen förmlichen Beschluß, durch welchen es das Verfahren aufhob, weil die Nachlaßverwaltung auf den Antrag der Witwe S., als der alleinigen Testamentserbin, angeordnet worden sei, die Witwe S. die Erbschaft aus dem Testament ausgeschlagen habe und somit der Grund für die Anordnung der Nachlaßverwaltung weggefallen sei, und es ordnete die öffentliche Bekanntmachung der Aufhebung an. Am 4. November 1905 erklärte Leo S. zum Protokolle des Nachlaßrichters, daß er auch für seinen Bruder Aloysius, dessen notariell beglaubigte Vollmacht er überreichte, die Erbschaft ausschlage, und nunmehr leitete der Richter eine Nachlaßpflegschaft ein, indem er den Gerichtssekretär L. für die unbekannten Erben des am 6. September 1905 verstorbenen Kaufmanns Johann S. zum Nachlaßpfleger ernannte.

Der Amtsvorsteher G. in N., welcher als Gläubiger des Erblassers gegen den Nachlaßverwalter Leo S. Klage erhoben hatte, legte mit dem Antrag auf Wiederherstellung der Nachlaßverwaltung und auf Beseitigung der Nachlaßpflegschaft Beschwerde ein, weil die Witwe S. durch Stellung des Antrags auf Anordnung der Nachlaßverwaltung die Erbschaft stillschweigend angenommen, ihre spätere Ausschlagungserklärung sonach keinerlei Wirkung gehabt habe und demgemäß sowohl die Aufhebung der Nachlaßverwaltung wie die Einleitung der Nachlaßpflegschaft zu Unrecht erfolgt sei. Das Landgericht gab der Beschwerde statt und wies das Amtsgericht an, die Nachlaßverwaltung wiederherzustellen und die Nachlaßpflegschaft aufzuheben.

Noch vor dem Erlasse dieses Beschlusses hatte der jetzige Nachlaßpfleger L. dem Amtsgericht angezeigt, daß er als weitere Erben nach Johann S. die minderjährigen Kinder der Schwestern des Erblassers Marie und Elisabeth ermittelt habe. Er hat nunmehr in Gemeinschaft mit der Witwe S. den Beschluß des Landgerichts mit der weiteren Beschwerde angefochten und den Antrag gestellt, den Beschluß aufzuheben und die vom Amtsgericht T. eingeleitete Nachlaßpflegschaft wieder in Kraft zu setzen.

Digitized by Google

Das Kammergericht hat der weiteren Beschwerde stattgegeben aus folgenden Gründen:

Die Nachlaßverwaltung ist eine Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger, und ihre Anordnung hat zur Folge, daß die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten sich auf den Nachlaß beschränkt, vorausgesetzt, daß der Erbe nicht schon unbeschränkt haftet (§ 1975 BGB.). Auf den Antrag des Erben, der die Beschränkung der Haftung nicht bereits eingebüßt hat (vergl. § 2013 BGB.), muß daß Nachlaßgericht die Nachlaßverwaltung einleiten, wenn der Nachlaß nicht überschuldet und wenn eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Masse vorhanden ist (vergl. § 1975, § 1981 Abs. 1, §§ 1982, 1988 BGB., §§ 215, 217 KO.). Gegen die dem Antrage des Erben stattgebende Verfügung des Nachlaßgerichts ist ein Rechtsmittel nicht vorgesehen (§ 76 Abs. 1 FGG.). Ein Nachlaßgläubiger kann die Anordnung der Nachlaßverwaltung nur dann fordern, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet wird, und wenn seit der Annahme der Erbschaft noch nicht zwei Jahre verstrichen sind (vergl. § 1981 Abs. 2, 3 BGB.). Entspricht das Nachlaßgericht einem solchen Antrage, so findet gegen die Verfügung die sofortige Beschwerde statt, die aber nur dem Erben, jedem Miterben und einem zur Verwaltung des Nachlasses befugten Testamentsvollstrecker zusteht (§ 76 Abs. 2 FGG.). Für die gänzliche Ausschließung der Beschwerde in dem einen und die Beschränkung des Beschwerderechts in dem anderen Falle war, wie die Denkschrift (S. 56 f., Mugdan, S. 55) ergibt, der Gesichtspunkt maßgebend, daß es mit dem Interesse der Rechtssicherheit unvereinbar wäre, wenn die Rechtmäßigkeit einer Verfügung, durch welche eine Nachlaßverwaltung angeordnet ist, von den Beteiligten jederzeit im Wege der Einlegung eines Rechtsmittels in Frage gestellt werden könnte. Diese Regelung des Beschwerderechts entspricht den materiellrechtlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung verliert der Erbe die Befugnis, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen (§ 1984 Abs. 1 Satz 1); ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, kann nur gegen den Nachlaßverwalter geltend gemacht werden (Satz 3); der Nachlaßverwalter hat den Nachlaß zu verwalten und die Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlasse zu berichtigen (§ 1985 Abs. 1); er ist für die Verwaltung nicht nur den Erben, sondern auch den Nachlaßgläubigern verantwortlich (§ 1985 Abs. 2 Satz 1); er darf endlich den Nachlaß dem Erben erst ausantworten, wenn die bekannten Nachlaßverbindlichkeiten berichtigt sind (§ 1986 Abs. 1); von diesem Fall abgesehen kann die einmal angeordnete und nicht durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses ohne weiteres beendigte Nachlaßverwaltung nur dann aufgehoben werden, wenn sich herausstellt, daß eine den Kosten entsprechende Masse nicht vorhanden ist (§§ 1988, 1919 BGB.; Beschluß des Oberlandesgerichts Jena vom 11. Juni 1903, OLGRspr. 7, 134).

Im vorliegenden Fall hat das Amtsgericht auf Antrag der durch Testament als Erbin berufenen Witwe S. die Nachlaßverwaltung angeordnet, diese jedoch von Amts wegen wieder aufgehoben, nachdem die Witwe S. innerhalb der Frist des § 1944 und in der Form des § 1945 BGB. die Erbschaft ausgeschlagen hatte, und das Landgericht hat auf die Beschwerde des

Digitized by Google

Nachlaßgläubigers G. die Wiederherstellung der Nachlaßverwaltung beschlossen. Als eine Verfügung im Sinne des § 76 Abs. 2 FGG. ist diese Entscheidung des Landgerichts nicht anzusehen. G. hatte die Einleitung der Nachlaßverwaltung durch das Nachlaßgericht nicht beantragt und er hat auch seine Beschwerde gegen die Aufhebung nicht auf die Voraussetzung des § 1981 Abs. 2 BGB., sondern ausschließlich auf seine Eigenschaft als Nachlaßgläubiger gestützt. Daß ihm, wenn die Aufhebung materiell ungerechtfertigt war, die Beschwerde zustand, ist unbedenklich. Das Landgericht leitet zwar das Beschwerderecht des Nachlaßgläubigers nur aus § 57 Nr. 3 FGG. her, es ist jedoch schon aus § 20 gegeben, weil die Einleitung der Nachlaßverwaltung jedem Nachlaßgläubiger das Recht gibt, seine Befriedigung aus dem Nachlaß — unter Ausschluß des Verwaltungs- und Verfügungsrechts des Erben — von dem der gerichtlichen Aufsicht unterstellten und ihm persönlich verantwortlichen Nachlaßverwalter zu fordern, und weil die Aufhebung der Verwaltung vor seiner Befriedigung eine Beeinträchtigung dieses Rechtes darstellt (zu vergl. OLGRspr. 7, 134). Demgemäß kann der Beschluß des Landgerichts, durch den die Wiederherstellung der aufgehobenen Nachlaßverwaltung angeordnet, die Anordnung der Nachlaßverwaltung sonach aufrechterhalten wird, nur unter denselben Voraussetzungen angefochten werden, unter denen die Anordnung selbst hätte angefochten werden können, falls das Amtsgericht die Aufhebung nicht verfügt hätte. Das Gleiche gilt von der Anfechtung der vom Landgerichte beschlossenen Beseitigung der Nachlaßpflegschaft. Denn für eine Nachlaßpflegschaft im Sinne des § 1960 BGB. ist neben der Nachlaßverwaltung aus § 1975 kein Raum. Die Aufrechterhaltung der Nachlaßpflegschaft kann also nur derjenige verlangen, welcher ein Recht auf Beseitigung der Nachlaßverwaltung hat.

Ob hiernach die Witwe S. und der Nachlaßpfleger L. zur Erhebung der weiteren Beschwerde befugt sind, läßt sich auf Grund des § 76 Abs. 1 FGG. allein nicht entscheiden. Gegen eine Verfügung, durch die dem Antrage des Erben auf Anordnung der Nachlaßverwaltung stattgegeben wird, ist die Beschwerde nur dann unzulässig, wenn der Antragsteller wirklich der Erbe ist. Die Denkschrift bezeichnet es als selbstverständlich, daß die auf den Antrag eines oder einzelner Miterben erlassene Anordnung von dem oder den übrigen Miterben angefochten werden könne. Man wird daher, falls dem Antrag eines Nichterben stattgegeben worden ist, auch dem Erben die Beschwerde nicht versagen dürfen. Wer die Erbschaft rechtswirksam ausgeschlagen hat, ist Nichterbe. Der Anfall an ihn gilt als nicht erfolgt (vergl. § 1953 Abs. 1 BGB.). Wenn es deshalb richtig ist, daß der Erbe, welcher die Nachlaßverwaltung durch seinen Antrag herbeigeführt hat, die Erbschaft noch ausschlagen kann, so muß auch im Falle der späteren Ausschlagung ihm und dem nächst ihm berufenen Erben das Recht zustehen, die Wiederaufhebung der Nachlaßverwaltung zu betreiben. Allerdings meint Kreß (Die Erbengemeinschaft, 161), der Rechtsbestand der Nachlaßverwaltung könne nicht dadurch erschüttert werden, daß ein Antragsteller später durch Ausschlagung der Erbschaft, Anfechtung der Erbschaftsannahme oder Erbunwürdigkeit wegfalle. Dem steht jedoch die Vorschrift des § 1953 Abs. 1 BGB. entgegen und es fehlt an einer Bestimmung, welche dem Antrage des Erben auf Anordnung der Nachlaßverwaltung die gleiche Wirkung wie der Verfügung über einen Nachlaßgegenstand beilegt (vergl. § 1959 Abs. 2). In der Natur der Sache ist es keinesfalls begründet,

Digitized by Google

daß der einstweilige Erbe durch Herbeiführung der Nachlaßverwaltung, sei es unmittelbar (§ 1981 Abs. 1), sei es mittelbar (Abs. 2), dem endgültigen Erben sollte vorgreifen dürfen (vergl. Planck, zu § 1981 Anm. 4a; Binder, Rechtsstellung der Erben, Teil I S. 175 bei Anm. 75; Strohal, Erbrecht, § 79 Anm. 1, 3. Aufl. 2, 270). Fällt also der Antragsteller als Erbe später fort und ist der nächst ihm berufene Erbe mit der Fortsetzung der Nachlaßverwaltung nicht einverstanden, so wird Beider Recht durch die Fortsetzung der Nachlaßverwaltung beeinträchtigt; das Recht des Fortgefallenen, weil er noch als Erbe behandelt wird, das des Nächstberufenen, weil ihm die Verwaltung und Verfügung gegen seinen Willen vorenthalten bleibt. Die auflösende Kraft der Ausschlagung in Verbindung mit der Erwägung, daß weder für den Erben (vergl. §§ 1958, 1960, § 1995 Abs. 2 BGB., § 239 Abs. 5, § 778 Abs. 1 ZPO.) noch für die Nachlaßgläubiger (vgl. §§ 1960, 1961 BGB., § 778 Abs. 1, 2 ZPO., § 217 KO.) ein Bedürfnis vorhanden sei, die Nachlaßverwaltung schon vor der Annahme der Erbschaft angeordnet zu sehen, veranlaßt Binder (Teil I S. 176, Teil II S. 21 Anm. 8, S. 193 Anm. 13a, Teil III S. 347 bei und in Anm. 37, ebenso Gaupp-Stein, ZPO. zu § 241 Anm. 1c, 6/7. Aufl. Bd. 1 S. 512, anscheinend auch Strohal, a. a. O. § 79 Anm. 1, 10, 10a, 3. Aufl. Bd. 2 S. 270, 272), die Anordnung der Nachlaßverwaltung erst nach Annahme der Erbschaft für zulässig zu erklären, und er findet eine Bestätigung seiner Ansicht in der Vorschrift des § 991 Abs. 3 ZPO. Die Vorschrift, derzufolge der Erbe das Aufgebot der Nachlaßgläubiger erst nach Annahme der Erbschaft beantragen kann, beruht nach den Motiven zum BGB. (5, 644) auf der Auffassung, daß ein Aufgebotsverfahren, dessen Wirkungen mit einer späteren Ausschlagung der Erbschaft wegfallen würden, nicht gestattet werden dürfe und daß in dem Antrag auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens nicht schon an sich und ohne weiteres eine stillschweigende Annahme der Erbschaft zu finden sein möchte. Andere Schriftsteller folgern dagegen aus dem Fehlen einer widersprechenden Vorschrift und aus der Analogie des § 216 Abs. 1 KO., daß an und für sich die Anordnung der Nachlaßverwaltung schon vor Annahme der Erbschaft zulässig sei. Für die letztere Meinung spricht, daß die Analogie des Nachlaßkonkurses jedenfalls näher liegt, als die des Aufgebots der Nachlaßgläubiger, daß die offenbare Tendenz des Gesetzes auf Durchführung der Nachlaßverwaltung bis zur Befriedigung der Gläubiger auch in den — allerdings seltenen — Fällen der Anfechtung der Erbschaftsannahme (§ 1957 Abs. 1 BGB.) und der Erbunwürdigkeit (§ 2344 Abs. 1) nicht zur Geltung kommt und daß ein Interesse an der alsbaldigen Einleitung der Nachlaßverwaltung vor Annahme der Erbschaft weder dem Erben noch den Nachlaßgläubigern abzusprechen ist, wenngleich ein Bedürfnis für den einen ebensowenig wie für die anderen bestehen mag. Der Entscheidung dieser Streitfrage bedarf es jedoch im vorliegenden Falle deswegen nicht, weil der Meinung, daß in dem Antrage des Erben auf Anordnung der Nachlaßverwaltung stets (Böhm, Erbrecht, S. 351; von Staudinger, zu § 1981 Anm. II zu A 1) oder doch regelmäßig (Planck, zu § 1981 Anm. 4a; Strohal zu § 79 Anm. 1) die Annahme der Erbschaft zu finden sei, nicht beizupflichten, vielmehr mit Binder (Teil II S. 21 Anm. 8) davon auszugehen ist, daß dem bloßen Antrage des Erben die Bedeutung nicht beiwohnen kann. Ist die Anordnung der Nachlaß-

Digitized by Google

verwaltung vor Annahme der Erbschaft zulässig, so darf in dem Antrag allein nicht mehr gefunden werden als das aus irgendeinem Grunde, beispielsweise zum Zwecke der Gewinnung einer Unterlage für die Entschließung über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft, gestellte Verlangen nach Einleitung des Verfahrens; ist die Anordnung dagegen erst nach Annahme der Erschaft zulässig, so folgt aus der Stellung des Antrags seitens des Erben zunächst nur, daß er einen unzulässigen Antrag eingebracht hat, nicht aber, daß er die Unzulässigkeit gekannt und durch Stellung des Antrags das der Zulässigkeit entgegenstehende Hindernis beseitigt hat. Ist doch auch das Amtsgericht . . . der Meinung gewesen, daß die Anordnung der Nachlaßverwaltung vor der Erbschaftsannahme statthaft und in dem Antrage der Witwe S. eine Annahmeerklärung nicht zu erblicken sei. Bedarf es aber neben dem Antrage des Erben noch anderer Umstände, um die Feststellung der Annahme der Erbschaft zulässig erscheinen zu lassen, so ist es verfehlt, wenn das Landgericht in dem Antrage der Witwe S. vom 12. September 1905 eine Annahmeerklärung schon deshalb findet, weil nicht erhelle, daß sie die Erbschaft nicht habe annehmen wollen. Allerdings führt das Landgericht wörtlich noch folgendes aus:

> Bei ihrem zu Protokoll erklärten Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung sagt die Witwe S. selbst, daß sie durch Testament ihres Sohnes als Erbin eingesetzt sei. Sie hebt hervor, daß sie bisher über den Nachlaß noch keinen Ueberblick gewonnen habe und nicht wisse, ob die Aktiva die Passiva übersteigen. Mit dem ausdrücklichen Hinzufügen, daß sie sich vor eventuellen Nachteilen bewahren wolle, beantragt sie schließlich die Nachlaßverwaltung. Daß sie dieselbe nur deshalb in die Wege geleitet hat, um über den Nachlaß ein Bild zu gewinnen und hiervon dann ihren Entschluß über die Annahme der Erbschaft abhängig zu machen, ist nicht anzunehmen. Sie mußte sich sagen, daß innerhalb der Ausschlagungsfrist eine Klarstellung des Nachlasses nicht erfolgen könne. Sie wollte sich, wenn auch ohne Grund, sichern, und zwar vor der Gefahr, für die Schulden eventuell mit ihrem eigenen Vermögen einzustehen. Zu dieser Sicherung aber hatte sie nur dann Anlaß, wenn sie wirklich Erbin sein und bleiben wollte.

Allein diese Erwägungen sind nicht schlüssig. Zunächst ist es nicht richtig, daß die Witwe S. nicht mit der Möglichkeit einer Klarstellung der Verhältnisse des Nachlasses innerhalb der Ausschlagungsfrist habe rechnen können. Einen besseren Ueberblick über den Bestand der Aktiva und die Höhe der Passiva, als sie ihn bei Stellung des Antrags hatte, durfte sie von einer mehrwöchigen Tätigkeit des Nachlaßverwalters unter allen Umständen erwarten und diese Erwartung ist sogar erfüllt worden, da der Verwalter bereits unter dem 18. Oktober 1905 eine kurze Nachlaßbilanz aufgestellt hat. Demgemäß ist es aber auch unrichtig, daß sie zur Stellung des Antrags nur dann Anlaß gehabt habe, wenn sie habe Erbin sein und bleiben wollen. Die alsbaldige Stellung des Antrags überhob sie zwar nicht der Sorge um die Einhaltung der Ausschlagungsfrist. Hatte sie aber die Anordnung der Nachlaßverwaltung erwirkt, so bestand die Möglichkeit, daß sie für den Entschluß, ob sie die Erbschaft annehmen oder ausschlagen sollte, eine bessere Unterlage gewann, als im Falle der Einleitung einer bloßen Nachlaßpflegschaft (vergl. § 1983 BGB.). Ihre ausdrückliche Erklärung, daß sie bisher über den Nachlaß noch keinen Ueberblick gewonnen habe, daß sie nicht wisse, ob die

Digitized by Google

Aktiva die Passiva übersteigen, und daß sie sich vor eventuellen Nachteilen sichern wolle, rechtfertigt daher die Feststellung, daß sie die Erbschaft angenommen habe, in keiner Weise. Die Erklärung kann vielmehr nach der ganzen Sachlage nur dahin aufgefaßt werden, daß sie sich die Entscheidung über Annahme und Ausschlagung der Erbschaft noch vorbehalte. Auch sonst sind keinerlei Umstände hervorgetreten — der Nachlaßgläubiger G. hat solche ebenfalls nicht geltend gemacht —, aus denen die Annahme der Erbschaft durch die Witwe S. gefolgert werden dürfte.

Stände, wie die Beschwerdeführer annehmen, die Prüfung der materiellen Wirksamkeit einer formrichtigen und rechtzeitigen Ausschlagungserklärung nur dem Prozeßrichter zu, so hätte der Nachlaßrichter die einmal eingeleitete Nachlaßverwaltung nicht wieder aufheben dürfen und die landgerichtliche Entscheidung würde sich aus diesem Grunde als gerechtfertigt darstellen. Die Auffassung der Beschwerdeführer ist jedoch unzutreffend. Der Nachlaßrichter übt auch bei der Nachlaßverwaltung vormundschaftsgerichtliche Funktionen aus (vergl. §§ 1975, 1962 BGB.), es ist deshalb seines Amtes, die Voraussetzungen, wie für die Anordnung, so für die Aufrechterhaltung der Nachlaßverwaltung festzustellen. Richtig ist nur, daß seine Feststellung der Nichtannahme der Erbschaft seitens des ausschlagenden Erben (vergl. § 1943 BGB.) den Prozeßrichter nicht bindet.

Hier hat, wie dargetan, der Nachlaßrichter die Rechtswirksamkeit der von der Witwe S. abgegebenen Ausschlagungserklärung zutreffend festgestellt und er durfte daher die angeordnete Nachlaßverwaltung wieder aufheben, mag die Anordnung vor Annahme der Erbschaft zulässig oder unzulässig gewesen sein. Ob er sie ersterenfalls auch gegen den Willen der nächstberufenen Erben hätte aufheben können, darf dahingestellt bleiben, da ein solcher Wille nicht hervorgetreten ist. Die weitere Beschwerde der Witwe S., die aufgehört hat, Erbin zu sein, und des Nachlaßpflegers L. als des gesetzlichen Vertreters derjenigen, welche Erben werden, gegen den die Aufrechterhaltung der Nachlaßverwaltung und die Aufhebung der Nachlaßpflegschaft anordnenden Beschluß des Landgerichts ist demnach begründet.

Eine andere, hier nicht zu entscheidende Frage ist allerdings die, ob nicht schon Anlaß vorliegt, die eingeleitete Nachlaßpflegschaft wieder aufzuheben, weil die jetzigen Erben bekannt sind und die Erbschaft nicht rechtzeitig ausgeschlagen haben . . . .

Digitized by Google

a. T. R.

Zulässigkeit der Beschwerde gegen eine Verfügung, durch die zur Vorbereitung der Entscheidung über den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins die Vorlegung einer Sterbeurkunde angeordnet wird.

§ 19 FGG.

Oberlandesgericht Colmar, 5. Juli 1905. — Bd. 7 S. 75.

Der Auffassung des Landesgerichts, daß gegen die Zwischenverfügung des Amtsgerichts, betreffend Beibringung von Sterbeurkunden, eine Beschwerde nicht zulässig sei, kann nicht beigepflichtet werden. Das Gesetz (§ 19 FGG.) macht keinen Unterschied zwischen endgültigen Verfügungen und Zwischenverfügungen. Durch die Verfügung des Nachlaßgerichts, durch welche dem Antragsteller die Beseitigung der der Erteilung des Erbscheins entgegenstehenden Hindernisse aufgegeben wird, wird das Recht des Antragstellers in derselben Weise beeinträchtigt wie durch eine endgültige Verfügung; sein Antrag, so wie er gestellt war, wird durch eine solche Zwischenverfügung zurückgewiesen. Deshalb muß die Beschwerde gegen solche Zwischenverfügungen für zulässig erachtet werden (zu vergl. GruchBeitr. 45, 240 und Recht 1901, S. 74; Josef, Lehrbuch 1. Aufl. S. 193; dagegen RJA. 1, 177 und 4, 136). Unnötige Verzögerungen würden entstehen, wollte man den Antragsteller, der die Zwischenverfügung des Nachlaßgerichts für unberechtigt hält, für verpflichtet erachten, dies zunächst mitzuteilen und um Erteilung eines endgültigen Bescheids nachzusuchen, um gegen diesen das Rechtsmittel der Beschwerde ergreifen zu können.

Befugnis des Nachlaßgerichts, auch nach der Beendigung der Nachlaßpflegschaft den bisherigen Pfleger zur Einreichung der Schlußrechnung durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

§§ 1837, 1892, 1915, 1962 BGB.

Kammergericht Berlin, 22. März 1906. — Bd. 7 S. 85.

Im Jahre 1904 verstarb zu P. die daselbst wohnhafte Witwe J. ohne Hinterlassung bekannter Erben. Ihr geringer Mobiliarnachlaß wurde auf Veranlassung der verehelichten H. durch den Gemeindediener versteigert und ergab einen Erlös von 81,30 Mark. Dieser Betrag wurde dem Amtsgericht in S. übersandt, welches eine Nachlaßpflegschaft einleitete und den Gasthofbesitzer H. als Pfleger zur Verwaltung des Nachlasses und zur Ermittelung der Erben verpflichtetete. H. zahlte die 81,30 Mark bei der Stadtsparkasse in S. ein und ließ das Sparkassenbuch mit dem Sperrvermerke versehen. Später wurde seinem Antrage gemäß der Sperrvermerk in Höhe von 35,50 Mark wieder aufgehoben, weil eine Forderung des Hauswirtes der Verstorbenen von 29 Mark und eine Gerichtskostenforderung von 6,50 Mark zu bezahlen waren. Unter dem 21. Februar 1905 gab das Amtsgericht ihm anheim, behufs Ermittelung der Erben eine Bekanntmachung zu veröffentlichen. Er entsprach dieser Anregung und zeigte an, daß seine Ermittelungsversuche erfolglos geblieben seien. Infolgedessen stellte am 29. September 1905 das Amtsgericht fest, daß ein anderer Erbe als der preußische Fiskus nicht vorhanden sei und machte hiervon der Regierung in S. mit dem Hinzufügen Mitteilung, daß es die Nachlaßpflegschaft aufgehoben und den Pfleger veranlaßt habe, das verwaltete Vermögen dem Fiskus herauszugeben und über die Verwaltung Rechnung zu

Digitized by Google

legen. Zugleich forderte es den Pfleger auf, das verwaltete Vermögen der genannten Regierung auszuantworten, binnen drei Wochen die Schlußrechnung einzusenden und seine Bestallung zurückzugeben. H. reichte das Sparkassenbuch, welches noch über 46,47 Mark lautete, seine Bestallung und drei Belege über 40,50 Mark dem Amtsgerichte mit dem Bemerken ein, daß er das Nachlaßvermögen von noch 37,57 Mark — nach Abzug aller Unkosten — an die Regierung abgeführt habe. Anscheinend ging seine Absicht dahin, daß das Amtsgericht den Sperrvermerk aufheben und das Sparkassenbuch ihm zurückgeben solle. Das Amtsgericht hob zwar den Sperrvermerk auf, übersandte aber das Sparkassenbuch unter Beifügung der Akten an die Regierung in S. mit dem Ersuchen um Erklärung über die Abnahme der Schlußrechnung. Die Regierung nahm das Sparkassenbuch an sich und richtete an das Amtsgericht das Verlangen, den Nachlaßpfleger gemäß § 1985 Abs. 1, § 1986 Abs. 1, §§ 1892, 259 BGB. zur Aufstellung einer Schlußrechnung zu veranlassen. Mittels Verfügung vom 30. November 1905 forderte das Amtsgericht den bisherigen Pfleger auf, eine ordnungsmäßige Schlußrechnung, also eine Aufstellung einzureichen, aus welcher zu ersehen sei, wieviel Vermögen vorhanden gewesen und wieviel verausgabt worden sei, so daß der Bestand von 37,57 Mark verbleibe. Als weder auf diese noch auf eine fernere Aufforderung eine Antwort einging, zeigte das Amtsgericht der Regierung an, daß es den gewesenen Nachlaßpfleger zur Aufstellung einer förmlichen Schlußrechnung nicht anhalten könne, daß aber die in den Akten befindlichen Berichte des Pflegers wohl genügen dürften. Die Regierung ersuchte daraufhin den ehemaligen Nachlaßpfleger im Wege exekutiven Zwanges zur Erfüllung der ihm gemäß §§ 1840, 1892 BGB. gegenüber dem Vormundschaftsgericht obliegenden Pflicht zur Rechnungslegung anzuhalten, damit das Amtsgericht seinerseits die ihm obliegende Prüfung (§§ 1843, 1892 das.) und Abnahme der Rechnung in die Wege leiten könne, eventuell bat sie, in diesem Ersuchen eine Beschwerde zu erblicken. Das Amtsgericht hielt an der Ansicht fest, daß es nach Beendigung der Pflegschaft nicht in der Lage sei, die Legung der Schlußrechnung zu erzwingen, und gab die Sache an das Landgericht ab. Dieses wies die Beschwerde zurück.

Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht die Sache zur weiteren Veranlassung behufs Herbeiführung der Einreichung einer ordnungsmäßigen Schlußrechnung an das Amtsgericht zurückverwiesen aus folgenden Gründen:

Zunächst ist zu bemerken, daß es sich hier nicht um eine Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts, sondern um eine solche des Nachlaßgerichts handelt (§§ 1960 ff. BGB.). Einen sachlichen Unterschied macht dies jedoch nicht, da das Nachlaßgericht im Falle der Nachlaßpflegschaft die gleichen Rechte und Pflichten hat wie das Vormundschaftsgericht im Falle der gewöhnlichen Pflegschaft (§ 1962). Insbesondere finden die Vorschriften der §§ 1837, 1840 bis 1843, 1890 bis 1893 BGB. auch bei der Nachlaßpflegschaft entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt (§ 1915). Daß der Nachlaßpfleger nach der Beendigung seines Amtes dem Erben das verwaltete Vermögen herauszugeben und über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen, daß er die Rechnung dem Nachlaßgericht einzureichen und daß das Nachlaßgericht die Rechnung rechnungsmäßig und sachlich zu prüfen und deren

Digitized by Google

Abnahme durch Verhandlung mit den Beteiligten zu vermitteln hat, ist danach unbedenklich. Streitig ist aber, ebenso wie im Falle der Vormundschaft, ob das Nachlaßgericht berechtigt ist, den bisherigen Nachlaßpfleger durch Ordnungsstrafen zur Rechnungslegung anzuhalten (§ 1837 Abs. 2 BGB.).

Die Gesetzesmaterialien widersprechen sich. Während es in den Motiven (4, 1188) zu § 1701 des Entwurfs I heißt,

> daß die Aufsichtspflicht des Vormundschaftsgerichts und dessen Befugnis, den Vormund zur Erfüllung seiner Obliegenheiten durch die zulässigen Zwangsmittel anzuhalten, mit der Beendigung der Vormundschaft definitiv weggefallen sind und auch in Ansehung der Behandlung der Schlußrechnung nicht etwa um deswillen als noch fortdauernd behandelt werden können, weil jene Rechnung die vor die Beendigung der Vormundschaft fallende Verwaltung betrifft,

findet sich in den Protokollen der Kommission für die zweite Lesung (Mugdan, 4, 1116 ff.) wörtlich folgende Ausführung:

> Wenn die Vormundschaft durch Eintritt der Volljährigkeit des Mündels beendigt sei, so bestehe zunächst nur ein Verhältnis zwischen dem bisherigen Vormund und dem bisherigen Mündel hinsichtlich der Rechnungslegung und der Quittungserteilung. Die Beteiligten würden an sich nichts mehr mit dem Vormundschaftsgerichte zu tun haben. Da aber erfahrungsgemäß nicht selten Schwierigkeiten bei der Abnahme der Rechnungen entständen und auch ein gewisser Schutz des Mündels gegen Uebereilung und ungehörige Beeinflussung als nützlich erscheine, so sei im § 1701 durch besondere Bestimmung eine Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts bei der Erledigung der Schlußrechnung vorgesehen. Die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts sei aber hierbei nur als eine vermittelnde zu denken. Der Mündel sei nicht etwa in der Weise noch in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, daß die Abnahme der Rechnung und die Erteilung der Quittung von ihm gültig nur unter Mitwirkung des Gerichts vorgenommen werden könne. Der Mündel habe es vielmehr vollständig in der Hand, sich nach erreichter Volljährigkeit vom Vormunde Rechnung legen zu lassen und rechtsgültig Quittung zu erteilen. Sei letzteres geschehen, so erscheine damit die Angelegenheit als erledigt, eine Verhandlung vor dem Vormundschaftsgerichte würde gegenstandslos sein und werde daher unterbleiben. Wenn aber Rechnung noch nicht gelegt sei, so habe das Vormundschaftsgericht den Vormund zur Einreichung der Rechnung aufzufordern, die Beteiligten zur Verhandlung über die Rechnung zu laden und weiter nach § 1701 Abs. 2 zu verfahren. Ein Zwang gegen den bisherigen Mündel sei selbstverständlich ausgeschlossen. Wohl aber müsse angenommen werden, daß das Vormundschaftsgericht, insoweit der § 1701 Anwendung finde und nicht eine außergerichtliche Erledigung der Angelegenheit stattgefunden habe, befugt sei, gegen den Vormund Ordnungsstrafen zu verhängen, wenn er sich weigere, denn aus § 1701 sich für ihn ergebenden Pflichten nachzukommen.

Die weitaus größere Zahl der Schriftsteller und das Oberlandesgericht in Königsberg in einem die Gewährung von Rechtshilfe betreffenden Beschlusse vom 29. Januar 1901 (OLGRspr. 2, 394) sind der in den Motiven niedergelegten Auffassung beigetreten. Von der einen Seite wird hervorgehoben,

Digitized by Google

daß die Befugnis des Vormundschaftsgerichts zur Verhängung von Ordnungsstrafen ein Ausfluß des Aufsichtsrechts sei und deswegen dem gewesenen Vormunde gegenüber nicht mehr bestehe, sonach auch die Anwendbarkeit der Art. 15, 17 PrFGG. ausgeschlossen erscheine; von der anderen Seite wird dagegen hauptsächlich darauf Gewicht gelegt, daß es sich bei der Verpflichtung des Vormundes zur Rechnungslegung um ein rein privatrechtliches Verhältnis und bei den im § 1892 BGB. vorgesehenen Funktionen des Vormundschaftsgerichts um eine lediglich vermittelnde Tätigkeit handele, und es wird angenommen, daß im Falle des § 1893 Abs. 2 nur deshalb auch nach Beendigung des Amtes gegen den Vormund Zwang geübt werden könne, weil die Verpflichtung zur Zurückgabe der Bestellung öffentlich-rechtlicher Natur sei.

Die Minderheit der Schriftsteller hält demgegenüber mit der Kommission für die zweite Lesung das Vormundschaftsgericht für berechtigt, zur Durchführung aller derjenigen Anordnungen, die es noch nach der Beendigung des Amtes gegen den Vormund zu treffen habe, auch die ihm im § 1837 Abs. 2 BGB. beigelegte Ordnungsstrafgewalt in Anwendung zu bringen. Diese letztere Meinung, der sich in einem Beschlusse vom 27. Januar 1905 (OLGRspr. 10, 291) das Oberlandesgericht in Hamburg angeschlossen hat, soll nach Nußbaum (a. a. O. S. 449) in der Praxis der Vormundschaftsgerichte überwiegen.

Das Kammergericht hat die Frage bisher nicht entschieden, es hat jedoch (zu vergl. KGJ. 21 A, 199; 24 A, 23; 30 A, 22; RJA. 2, 5; 3, 63; 6, 13) seiner Auffassung wiederholt dahin Ausdruck gegeben, daß mit der Beendigung der Vormundschaft weder die amtlichen Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts noch diejenigen des Vormundes sogleich vollständig aufhören, daß vielmehr beide insoweit fortdauern, als sie noch auf die rechtliche Erledigung der anhängig gewesenen Vormundschaft gerichtet sind. Von diesem Standpunkt aus kann der in der Literatur herrschenden Ansicht nicht beigepflichtet werden. Im § 1837 Abs. 2 BGB. ist allgemein bestimmt, daß das Vormundschaftsgericht den Vormund zur Befolgung seiner Anordnungen durch Ordnungsstrafen anhalten darf. Wenn es deshalb richtig ist, daß Vormund und Vormundschaftsgericht auch noch nach der Beendigung der Vormundschaft zu deren gänzlicher Erledigung amtliche Verrichtungen vorzunehmen haben, so ist schlechterdings unerfindlich, weshalb nicht in Ansehung dieser Verrichtungen das Ordnungsstrafrecht des Vormundschaftsgerichts ganz ebenso anzuerkennen sein sollte wie hinsichtlich der bis zur Beendigung der Vormundschaft zu erfüllenden Aufgaben. Nach § 1892 „hat" der Vormund die Schlußrechnung dem Vormundschaftsgericht einzureichen, und das Vormundschaftsgericht hat die Rechnung rechnungsmäßig und sachlich zu prüfen und deren Abnahme durch Verhandlung mit den Beteiligten zu vermitteln. Allerdings kommt diese Vorschrift nur dann zur Anwendung, wenn nicht bereits außergerichtlich eine völlige Einigung zwischen dem Vormund und dem Mündel erfolgt ist, da im Falle einer solchen Einigung jede weitere Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts überflüssig sein würde. Hat aber eine außergerichtliche Einigung nicht stattgefunden, so muß das Vormundschaftsgericht den Vormund zur Legung der Schlußrechnung anhalten und es muß die eingereichte Rechnung rechnungsmäßig und sachlich prüfen. Es hat sich der Prüfung der Schlußrechnung selbst dann zu unterziehen, wenn es die Vermittelung der Abnahme für aussichtslos

Digitized by Google

hält, und um seiner Prüfungspflicht Genüge leisten zu können, muß es die Rechnungslegung fordern, wie andererseits der Vormund in Erfüllung seiner Amtspflicht die Rechnung nach Maßgabe des § 1841 BGB. zu legen hat (§ 1842 daf.). Insoweit ist daher sowohl eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts wie deren Erzwingung durch Ordnungsstrafen auch noch nach der Beendigung der Vormundschaft zulässig und geboten.

Unzulässigkeit der Begründung einer Versicherungsunternehmung auf Gegenseitigkeit in der Form einer eingetragenen Genossenschaft.

§§ 4, 15, 30, 108 PrivVersUntG.

Bedeutung des Umstandes, daß zwischen der Leistung der Mitglieder eines Unterstützungsvereins und der Gegenleistung des Vereins ein bestimmtes Verhältnis besteht, für die Frage, ob den Mitgliedern ein Rechtsanspruch auf Unterstützung zusteht.

§ 1 PrivVersUntG.

Kammergericht Berlin, 8. Februar 1906. — Bd. 7 S. 109.

Im Jahre 1904 ist in das Genossenschaftsregister des Amtsgerichts zu O. unter der Firma „O.er Spiegelscheibenversicherung auf Gegenseitigkeit, eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht" eine Gesellschaft eingetragen, deren statutenmäßiger Zweck ist

die gegenseitige Versicherung, allen Eigentümern von Häusern mit Spiegelscheiben in O. den durch Zufälligkeit oder irgendwelche Beschädigung, mit Ausnahme aller Brandschäden, entstehenden Verlust an den Spiegelscheiben ihrer Lokalitäten zu ersetzen.

Als der Regierungspräsident zu D., weil er in der Genossenschaft einen dem Privatversicherungsgesetz unterliegenden Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit erblickte, die Löschung beantragte, hat die Genossenschaft den § 2 ihrer Satzungen dahin geändert:

Zweck der Gesellschaft ist die Versicherung von eingesetzten Spiegelscheiben gegen Bruch — mit der Maßgabe, daß ein Rechtsanspruch an die Genossenschaft seitens der Mitglieder für Entschädigung zerbrochener Scheiben ausgeschlossen ist.

Diese Aenderung sowie einige sonstige hiermit im Zusammenhange stehende Aenderungen sind zum Register angemeldet worden. Demnächst hat das Gericht den Vorstand in Kenntnis gesetzt, daß es die Löschung der Genossenschaft beabsichtige, und den hiergegen erhobenen Widerspruch zurückgewiesen. Auch die Beschwerde ist vom Landgerichte zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht den Widerspruch für begründet und die Löschung der Firma im Genossenschaftsregister für unzulässig erklärt aus folgenden Gründen:

Ob Vereinigungen zur Versicherung auf Gegenseitigkeit nach dem Genossenschaftsgesetze der Rechtsform der Genossenschaft zugänglich waren, war nicht unbestritten, wurde aber überwiegend bejaht (Parisius-Crüger [4] S. 70 ff.). Nunmehr ergibt sich die Entscheidung aus PrivVersUntG. Nach § 4 bedürfen Versicherungsunternehmungen, einerlei welcher Art, mit Ausnahme der im § 116 aufgeführten, der Erlaubnis der Aufsichtsbehörde. Wenn dann § 15

Digitized by Google

für Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit mit deren Erteilung kraft Gesetzes die Rechtsfähigkeit entstehen läßt, so folgt daraus, daß diese nicht unter Umgehung der bei Vermeidung von Bestrafung (§ 108) erforderlichen Erlaubnis durch Einkleidung des Betriebs in eine andere Gesellschaftsform, die gleichfalls die Rechtspersönlichkeit im Gefolge hat, erlangt werden kann. Für die Unzulässigkeit der Genossenschaftsform ergibt sich das gleiche auch aus der Bestimmung des § 30, wonach Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit in das Handelsregister einzutragen sind, eine gleichzeitige Eintragung eines Vereins in das Handels- und Genossenschaftsregister aber ausgeschlossen ist. Soweit ersichtlich, bestehen denn auch Zweifel darüber nicht, daß die Neubegründung von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit in der Form der eingetragenen Genossenschaft ausgeschlossen ist (Parisius-Crüger S. 72).

Ist aber eine Genossenschaft dem Gegenstande nach unzulässig, so hat der Registerrichter ihr die Eintragung zu versagen. Ist dieselbe trotzdem erfolgt, so kann die Löschung nach §§ 147, 142 FGG. von Amts wegen bewirkt werden. § 147 gestattet die Löschung, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach §§ 94, 95 GenG. die Nichtigkeitsklage erhoben werden kann. Diese aber ist zulässig, wenn eine der wesentlichen Bestimmungen des Statuts nichtig ist. Das trifft nach dem Ausgeführten zu, wenn eine Versicherung auf Gegenseitigkeit den Gegenstand des Unternehmens bildet. Es fragt sich deshalb, ob eine solche im Sinne des Privatversicherungsgesetzes hier vorliegt.

Ob ein grundsätzlicher Wesensbestandteil eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit ist, daß dem Versicherten ein Rechtsanspruch auf die Ersatzleistung zusteht, ist bestritten (Moldenhauer, Die Aufsicht über die privaten Versicherungsunternehmungen S. 4). Für das Privatversicherungsgesetz fällt dieser Zweifel dadurch fort, daß § 1 Abs. 2 solche Vereinigungen ausschließt, die nur freiwillige Unterstützungen oder sonstige freiwillige Leistungen gewähren, ohne daß ein Rechtsanspruch darauf besteht. Im vorliegenden Falle nun handelte es sich in der ursprünglichen Form der Satzungen unzweifelhaft um einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. Die Mitglieder haben sich vereinigt zur gegenseitigen Versicherung ihrer Spiegelscheiben gegen Bruch. Jeder ist neben seinem Geschäftsanteile von 10 Mark zur vorschußweisen Zahlung einer jährlichen, nach der Größe seiner Scheiben zu berechnenden Prämie verpflichtet, wogegen er einen Anspruch auf Schadloshaltung erwarb. Die ursprüngliche Eintragung in das Genossenschaftsregister ist deshalb zu Unrecht erfolgt. Als dann vom Regierungspräsidenten als der zuständigen Aufsichtsbehörde für Privatversicherungsunternehmungen die Löschung beantragt wurde, ist § 2 der Satzungen dahin abgeändert, daß dem Zwecke der Gesellschaft die Maßgabe beigefügt ist, daß ein Rechtsanspruch an die Genossenschaft seitens der Mitglieder für Entschädigung zerbrochener Scheiben ausgeschlossen ist.

Unbedenklich ist, daß, wenn eine derartige Klausel nur zum Zwecke der Täuschung der Behörden gegeben ist, in Wahrheit aber den Vereinsmitgliedern ein Rechtsanspruch nicht hat entzogen werden sollen, ihr rechtliche Bedeutung nicht beiwohnt (vergl. Veröffentlichungen des Aufsichtsamts für Privatversicherung, 1905, Anh. 7, 29). In dieser Beziehung muß aber der Gesichtspunkt außer Betracht bleiben, daß die statutarische Versagung eines Rechtsanspruchs auf der Absicht beruht, sich der staatlichen Aufsicht zu entziehen.

Digitized by Google

Wird dem Gesetze genügt, so macht der Beweggrund das Verfahren nicht zu einer Gesetzesumgehung (Veröffentlichungen des Aufsichtsamts, 1903 S. 106, 1904 S. 175, Moldenhauer a. a. O. S. 72). Die Antwort auf die Frage, ob die Ausschließung eines Rechtsanspruchs ernst gemeint ist oder eine Klausel der gedachten Art nur zur Verdeckung eines in Wahrheit doch bestehenden Rechtsanspruchs dienen soll, kann nur durch eine Vergleichung mit dem sonstigen Satzungsinhalte gewonnen werden.

Wenn das Gesetz seine Anwendung auf den Fall beschränkt, daß ein Rechtsanspruch auf die satzungsgemäß in Aussicht genommenen Leistungen besteht, so muß der Begriff des Rechtsanspruchs im Sinne des gemeinen Wortverstandes aufgefaßt werden, also als ein Anspruch, welcher auf dem Boden des Rechtes beruht und mit den vom Staate anerkannten Mitteln, sei dies der ordentliche Rechtsweg oder ein schiedsrichterliches Verfahren, erzwungen werden kann. Ein nicht erzwingbares Recht ist kein Recht. Daß dies auch der Standpunkt der gesetzgebenden Faktoren ist, ergibt der Bericht der Reichstagskommission, wonach zwischen letzterer und den Regierungsvertretern über Folgendes Einverständnis bestand (Sten. Ber. des Reichst. 1900/1901, Anlageband III, 1713):

> Die Anwendung des Gesetzes setzt voraus, daß es sich um den Betrieb von Versicherungsgeschäften handelt, d. h. um den Abschluß von Rechtsgeschäften, durch welche den Versicherten für bestimmte Fälle ein Rechtsanspruch auf gewisse Leistungen gegen den Versicherer begründet wird. Ausgeschlossen ist also die Anwendung des Gesetzes auf solche Verhältnisse, in denen nur freiwillige Unterstützungen oder sonstige freiwillige Leistungen gewährt werden, ohne daß ein Rechtsanspruch darauf besteht, wenngleich die Unterstützung oder sonstige Leistung bei normalem Verlaufe der Dinge mit vollem Grunde erwartet werden darf. Nicht zum Begriffe des Versicherungsgeschäfts gehört es aber, daß der Rechtsanspruch vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden könne, daß er also klagbar sei. Der Begriff des Versicherungsgeschäfts wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß in den Statuten oder in den Vertragsbedingungen bestimmt ist, daß im Falle eines Streites über die Pflicht zur Leistung der Klageweg ausgeschlossen sein und der Streit durch einen Schiedsspruch entschieden werden solle.

Hier tritt der Begriff des Rechtsanspruchs als eines erzwingbaren klar hervor, und wenn bemerkt ist, daß Klagbarkeit nicht notwendige Voraussetzung sei, so hat damit, wie sich aus dem Folgenden ergibt, nur der Gegensatz zum schiedsrichterlichen Verfahren hervorgehoben werden sollen. Gleicher Ansicht über die Bedeutung des Rechtsanspruchs ist der Strafsenat des Kammergerichts in einem Beschlusse vom 24. Januar 1905 (Veröffentlichungen des Aufsichtsamts, 1905, Anhang S. 29 ff., ebenso Moldenhauer a. a. O. S. 71 und für das bisherige Recht die ständige Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts, Entsch. 17, 422 ff.).

Prüft man von diesem Standpunkt aus die Ausführungen des Amtsgerichts, welche das Landgericht sich lediglich zu eigen gemacht hat, so ergibt sich, daß dieselben durch Rechtsirrtum beeinflußt sind. Zunächst ist dort bemerkt:

> Um Ansprüche gegen die Genossenschaft ohne entsprechende Gegenleistung der Genossen nach Möglichkeit zu vermeiden und ungewisse Risiken nicht

Digitized by Google

zu übernehmen, hat man im § 46 des Statuts besondere Prämienklassen gebildet, je nach Lage und Gefährlichkeit der versicherten Scheiben. Die höheren Sätze sollten offenbar ein Entgelt sein für das höhere Risiko. Aus diesem Verhältnisse zwischen Leistung und Gegenleistung ergibt sich, daß es sich um genau bestimmte und nicht um freiwillige Leistungen der Genossenschaft handelt. Gerade diese Bestimmtheit von Leistung und Gegenleistung, die sich aus § 46 des Statuts ableiten läßt, ist, wie auch das Kammergericht ausgesprochen hat (KGJ. 11, 199), ein Beweis dafür, daß die Ansprüche der Genossen als Rechtsansprüche anzusehen sind.

Diese Ausführungen, welche sich einer Entscheidung des Aufsichtsamts für Privatversicherung (Veröffentlichungen 1904 S. 23) anschließen, beruhen auf einer mißverständlichen Auffassung des angezogenen kammergerichtlichen Beschlusses. Derselbe sagt nichts davon, daß die Bestimmtheit von Leistung und Gegenleistung ein Beweis dafür sei, daß die Ansprüche der Genossen Rechtsansprüche seien. Den Gegenstand der dortigen Entscheidung bildete die Frage, ob ein Unterstützungsverein, welcher seinen Mitgliedern kein klagbares Recht auf Unterstützung gewähre, eine Versicherungsanstalt im Sinne des § 360 Nr. 9 des Strafgesetzbuchs sei. Dieselbe ist bejaht worden. Wäre hier der Begriff „nicht klagbar" als gleichbedeutend mit „nicht erzwingbar" gemeint, so würde daraus immerhin noch nichts für den Begriff des Rechtsanspruchs im Sinne des Privatversicherungsgesetzes gewonnen, da nach dem Ausgeführten für diesen kraft positiver Gesetzesvorschrift die Erzwingbarkeit Voraussetzung ist, während, wie schon oben hervorgehoben, das Erfordernis des Rechtsanspruchs auf den Ersatzwert als allgemeine Voraussetzung einer Versicherung streitig ist. Tatsächlich hat das Kammergericht aber in jenem Falle eine Erzwingbarkeit, nämlich durch Schiedsspruch, und um deswillen eine Versicherungsanstalt als vorhanden angesehen. Der dortige Anspruch der Mitglieder des Unterstützungsvereins wäre deshalb auch ein Rechtsanspruch im Sinne des Privatversicherungsgesetzes gewesen. Die statutenmäßige Bestimmtheit der Gegenleistung ist für die Frage des Rechtsanspruchs auf dieselbe ohne ausschlaggebende Bedeutung. Auch da, wo die Gegenleistung eine solche ist, daß zwar nach dem normalen Laufe der Dinge mit Sicherheit darauf gerechnet, sie aber nicht erzwungen werden kann, steht nichts im Wege, ihre Höhe für den Fall der freiwilligen Gewährung von vornherein festzusetzen. Deshalb kann daraus, daß im vorliegenden Falle sich der Ersatzwert jedesmal in dem Werte der zerbrochenen Scheibe darstellt, also bestimmt ist, für einen Rechtsanspruch nichts gefolgert werden.

Die Ausführung, daß die Höhe der Haftsumme — welche übrigens nach § 36 der Satzungen nur 20 Mark beträgt — die Mitglieder zu der Erwartung berechtige, daß sie keine freiwillige Unterstützung erhalten, sondern daß die Gewährung eine Rechtspflicht der Genossenschaft sei, ist gegenüber der im Jahre 1905 einstimmig getroffenen Satzungsänderung, wonach ein Rechtsanspruch nicht bestehen soll, hinfällig.

Rechtsirrig sind die Ausführungen der Vorderrichter, soweit sie sich auf § 44 der Satzungen beziehen. Danach soll ein etwaiger Gewinn nach bestimmten Abzügen für den Reservefonds und die Betriebsrücklage unter die Genossen verteilt werden. Es mag zuzugeben sein, daß mangels abweichender Bestimmungen hierauf ein Rechtsanspruch besteht. Allein hierdurch wird der Verein nicht zu einem Versicherungsvereine. Versicherungsverein ist er nur

Digitized by Google

insoweit, als sein Zweck darin besteht, die Mitglieder gegenseitig zu versichern und diese einen Anspruch auf die Leistung haben, für welche sie versichert sind. Besteht hierauf ein Anspruch nicht, so fehlt es an dem Wesen eines Versicherungsvereins, welcher dadurch zu einem solchen nicht werden kann, daß die von den Mitgliedern eingezahlten Beiträge nach Abzug der für zerbrochene Scheiben freiwillig gezahlten Beträge an sie zurückgezahlt werden. Das gleiche gilt bezüglich des § 50, worin bestimmt ist, daß im Falle der Liquidation der vorhandene Bestand unter die Genossen zu gleichen Teilen verteilt wird. Auch aus den Bestimmungen über Bildung eines Reservefonds und einer Betriebsrücklage ergibt sich für einen Rechtsanspruch der Versicherten nichts. So lange eine Zahlungspflicht der Genossenschaft bestand, also bis zur Statutänderung, hatten diese beiden Fonds eine wesentlich größere Bedeutung, insofern jederzeit der Fall eintreten konnte, daß die Prämien zur Deckung der Schadensansprüche nicht ausreichten und alsdann die Differenz aus jenen Fonds gedeckt werden konnte, während nach Wegfall der Zahlungspflicht, wo also bei der Erschöpfung der Prämien der Ersatz weiterer Schäden unterbleiben konnte, für Rücklagen ein weniger dringendes Bedürfnis vorlag. Ihre Bedeutung haben sie aber auch jetzt nicht verloren, da sie die Mittel für freiwillige Zahlungen nach Erschöpfung der Prämien bieten und damit dem Vereine die Erhaltung seiner Mitgliederzahl sichern, insofern diese die Erwartung hegen dürfen, daß ihre Schäden auch dann freiwillig gedeckt werden, wenn die Prämien nicht ausreichen. Die unveränderte Beibehaltung der beiden Fonds gestattet deshalb keinen Schluß auf das Bestehen einer Verpflichtnng zum Ersatze der Scheibenbruchschäden.

Da sich hiernach weder aus der Begründung der Vorinstanzen noch aus dem sonstigen Inhalte der Satzungen etwas dafür ergibt, was entgegen der ausdrücklichen Bestimmung des § 2 den Schluß rechtfertigen könnte, daß doch ein Rechtsanspruch der Genossen auf eine Ersatzleistung bestehen soll, so kann ein dem Privatversicherungsgesetz unterliegender Versicherungsverein in der beschwerdeführenden Genossenschaft nicht erblickt werden.

Rechtliche Natur der Klage, mit welcher ein Genosse den Generalversammlungsbeschluß anficht, durch den er aus der Genossenschaft ausgeschlossen ist.

§ 51 GenG.

Oberlandesgericht Hamburg, 19. Februar 1906. — Bd. 7 S. 121.

In Sachen betreffend den Konsum-, Bau- und Sparverein Pr., eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht, hat das Oberlandesgericht der weiteren Beschwerde gegen einen Beschluß des Landgerichts aus folgenden Gründen stattgegeben:

Das Gericht tritt in betreff des § 51 GenG. den Ausführungen in dem Kommentare von Parisius-Crüger (4) 350 ff. bei. Danach ist das durch den § 51 gegebene Recht, einen Beschluß der Generalversammlung wegen Verletzung des Gesetzes oder des Statuts im Wege der Klage anzufechten, ein Individualrecht des Genossen. Er hat dasselbe nicht zur Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche zu eigenem Vorteile, sondern namens und im Interesse der Genossenschaft. Nicht unter die Anfechtungsklagen fallen die

Digitized by Google

Rechte aus der Mitgliedschaft, soweit sie vermögensrechtlicher Natur sind und nur das einzelne Mitglied betreffen, wie z. B. das Recht auf Verbleiben in der Genossenschaft, welches sich durch Anfechtung eines Ausschließungsbeschlusses der Generalversammlung äußert. Denn dieses Recht ist kein Individualrecht, sondern ein persönliches Recht. Der § 51 bezieht sich nur auf Individualrechte, auf Rechte der Minderheit. Diese Auslegung rechtfertigt sich insbesondere auch dadurch, daß der § 51, dessen Bestimmungen ein zusammenhängendes Ganze bilden, vorschreibt, daß das Urteil, soweit durch dasselbe rechtskräftig der Beschluß für nichtig erklärt wird, auch gegenüber den Genossen wirkt, welche nicht Partei sind. Das Gesetz betrifft hiernach Klagen, deren Beurteilung auch gegenüber Genossen, die nicht Partei sind, von Erheblichkeit ist. Eine solche Klage ist die eines Genossen auf Aufhebung eines Beschlusses, welcher ihn von der Mitgliedschaft ausschließt, nicht. Daß die erhobene Klage nicht unter die Anfechtungsklagen des § 51 fällt, erhellt auch daraus, daß sie nicht ausschließlich auf Aufhebung des Generalversammlungsbeschlusses vom 4. September 1903, sondern auf Aufhebung des Beschlusses des Vorstandes und Aufsichtsrats der beklagten Genossenschaft vom 4. Mai 1903 und des Generalversammlungsbeschlusses gerichtet ist. Sie konnte sich auch gar nicht auf die Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses beschränken, weil, wenn dieser Beschluß für nichtig erklärt würde — und auf etwas anderes würde zugunsten des Klägers nicht erkannt werden können, insbesondere würde das Urteil nicht einen anderen Beschluß an die Stelle des nichtigen Beschlusses setzen können — der Beschluß des Vorstandes und Aufsichtsrats immer noch bestehen bleiben würde. Diese Erwägung zeigt auch ferner, daß die erhobene Klage keine Anfechtungsklage im Sinne des § 51 sein kann. Denn die Generalversammlung hat nicht in ihrer Eigenschaft als über Angelegenheiten der Genossenschaft beschließendes Organ der Genossenschaft, sondern als durch das Statut berufene Berufungsinstanz über einen persönlichen Anspruch des Klägers entschieden.

Ist hiernach die erhobene Klage keine Klage aus § 51 GenG., so ist auch die Vorschrift des § 51 Abs. 4 auf sie nicht anwendbar.

Anwendbarkeit der Vorschriften über die Eigentümerhypothek auf eine unter Bestimmung des Höchstbetrags der Haftung eingetragene Hypothek zur Sicherung künftiger Ansprüche auf Kosten und andere Nebenleistungen.

§§ 1177, 1178, 1190 BGB.

Kammergericht Berlin, 18. Januar 1906. — Bd. 7 S. 127.

Im Grundbuche von S. steht auf dem Grundstücke des K., Blatt X, eine Darlehnsbriefhypothek von 7000 Mark nebst 5 Prozent an Zinsen, Verwaltungskosten und Amortisation für die N.-H.-K.-Gesellschaft, seit dem 30. August 1901 mit dem Bemerken eingetragen, daß das Grundstück für die infolge einer Kündigung oder notwendigen Subhastation zahlbare Entschädigung von $^1/_2$ Prozent für jedes bis 1. Januar 1905 nicht abgelaufene Jahr, für die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten, Reisegebühren und Auslagen aller Art, insbesondere bei der Kündigung und Einziehung, sowie bei Hagel- oder bei Feuerversicherung, bis zum Betrage von 500 Mark haftet. Die Hypothek hat sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht. Also Verwandlung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld.

Digitized by Google

Dazu äußert das Kammergericht: Nach 1178 BGB. erlischt die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, im Falle der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person. Diese Ausnahmebestimmung trifft auf den vorliegenden Fall nicht zu. Sie bezieht sich nur auf rückständige Nebenleistungen und bereits entstandene Kosten, nicht auf künftige Nebenleistungen und Kosten. Hinsichtlich der letzteren bleibt die Hypothek im Falle der Vereinigung mit dem Eigentume bestehen und sie verwandelt sich zufolge der Vereinigung nach dem Grundsatze des § 1177 BGB. in eine Eigentümergrundschuld. Außerdem handelt es sich vorliegend nicht oder doch nicht allein um „Kosten" im Sinne des § 1178. Hierunter sind nur solche Kosten zu verstehen, auf die sich die Hypothek gemäß § 1118 BGB. von selbst erstreckt und welche nicht der Eintragung bedürfen. Bezüglich dieser Kosten gelten nach § 1145 Abs. 2 Satz 2, § 1159 Abs. 1 Satz 1, 2 und § 1160 BGB. die Sonderbestimmungen, daß im Falle ihrer Befriedigung die Verpflichtung des Gläubigers zum Vermerke der Befriedigung auf dem Hypothenkenbrief und zur Vorlegung zum Zwecke der Grundbuchberichtigung usw. nicht besteht, daß ihre Uebertragung sich nicht nach Hypothekenrecht, sondern nach den für die Uebertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften bestimmt und daß bei ihrer Geltendmachung die Vorlegung des Hypothekenbriefs und der Legitimationsurkunden nicht erforderlich ist. In den die gleichen Vorschriften enthaltenden §§ 1090, 1121 des Entw. I wurde ebenso wie in dem § 1101, welcher dem jetzigen § 1178 BGB. entspricht, von den „Kosten, welche nicht zu einem bestimmten Betrag in das Grundbuch eingetragen sind," gesprochen und es wurden darunter die vorgenannten Kosten, auf welche sich nach § 1066 des Entw. I (§ 1118 BGB.) auch ohne Eintragung die Hypothek erstreckt, verstanden (Motive 3, 714, 720, 735). In der zweiten Kommission wurde diese Bezeichnung der Kosten in den §§ 1090, 1121 des Entw. I (§§ 1145, 1159, 1160 BGB.) zunächst ersetzt durch „Anspruch auf Erstattung von Kosten" und im § 1101 des Entw. I (§ 1178 BGB.) durch „Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind", so daß die neue Bezeichnung in allen diesen Paragraphen wiederum die gleiche war. Demnächst aber wurde diese Fassung in den erstgenannten Paragraphen dahin geändert: „Anspruch auf Erstattung von Kosten, für die das Grundstück nach § 1027 (Entw. II, § 1118 BGB.) haftet", weil die Fassung ungenau sei, da nicht alle Kosten, sondern nur die im § 1027 genannten in Betracht kämen, für welche die Hypothek Sicherheit gewähre; dagegen wurde unterlassen, auch im § 1101 des Entw. I (§ 1178 BGB.) die Worte „für die das Grundstück nach § 1027 haftet" hinzuzufügen (Protokolle 6, 256, 257). Die letztere Unterlassung ist für eine versehentliche zu erachten. Daß auch im § 1178 BGB. nur die im § 1118 genannten Kosten gemeint sind, erhellt aus dem gesetzgeberischen Grunde der Vorschrift: die Rückstände von Nebenleistungen und die im § 1118 genannten Kosten sollen, da sie gemäß § 1159 nicht nach Hypothekenrecht übertragen werden und ihr Erwerb nicht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs steht, im Falle der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum erlöschen und zur Eigentümerhypothek nicht werden, weil die Grundsätze dieser für sie nicht passen, auch das Grundbuch über sie nicht geführt wird (Motive 3, 720, 735, 736). Es ist daher, wiewohl der in den §§ 1145, 1159 bei dem Worte „Kosten"

Digitized by Google

enthaltene Zusatz, „für die das Grundstück nach § 1118 haftet", im § 1178 fehlt, doch anzunehmen, daß unter den „Kosten" im § 1178 nur diejenigen zu verstehen sind, auf welche sich nach § 1118 die Hypothek kraft des Gesetzes erstreckt, also die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung. Vorliegend umfaßt aber die Höchstbetragshypothek von 500 Mark Entschädigungsforderungen für den Fall der Kündigung oder Subhastation und gerichtliche und außergerichtliche Kosten aller Art, auch die der Hagel- und Feuerversicherung. Demnach ist der § 1178 BGB. im gegebenen Fall für nicht anwendbar zu erachten. Es hätte sich daher die Höchstbetragshypothek nach dem Grundsatze des § 1177 in eine Eigentümergrundschuld verwandelt, wenn sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person vereinigt hätte. Die Entscheidungen der Vorinstanzen, welche dies verneinen, beruhen auf Rechtsirrtum.

Erforderuis der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für die Erklärung, durch welche der Gewalthaber für sein unter elterlicher Gewalt stehendes Kind gleichzeitig mit dem Erwerb eines Grundstücks an diesem eine Hypothek bestellt.

§§ 1643, 1686, 1821 Nr. 1 BGB.

Kammergericht Berlin, 25. Januar 1906. — Bd. 7 S. 131.

Durch notariellen Vertrag vom 14. November 1904 verkaufte der Rentner K. zu B. sein Grundstück an den Kaufmann T. für den Kaufpreis von 48 400 Mark. Im § 3 des Vertrags wurde bestimmt, daß von dem Kaufpreise 15 400 Mark bar berichtigt, 33 000 Mark aber kreditiert und als Hypothek auf dem verkauften Grundstücke zugunsten des Verkäufers eingetragen werden sollten. Der Käufer starb demnächst am 13. Februar 1905. Er hinterließ als Erben seine Ehefrau und seine zwei minderjährigen Kinder aus zweiter Ehe. Am 20. September 1905 ließ der Rentner K. das Grundstück an die drei Erben auf, und zwar an die Witwe des verstorbenen Käufers zugleich als Vertreterin der beiden minderjährigen Kinder, ferner wurde die Eintragung der drei Erben als Eigentümer zu je $^1/_3$ des Grundstücks sowie die Eintragung der Restkaufgeldhypothek beantragt. Das Amtsgericht D. beanstandete diese Anträge wegen Fehlens der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu der Entgegennahme der Auflassung und der Eintragung der Restkaufgeldhypothek seitens der Witwe T. als Vertreterin ihrer Kinder. Darauf beantragte die Witwe T. diese Genehmigung, zog aber den Antrag wieder zurück, weil sie in dem Hause Schwamm entdeckt habe. Nunmehr wies das Amtsgericht die Anträge auf Eintragung der Erben des T. als Eigentümer und auf Eintragung der Restkaufgeldhypothek zurück, weil gemäß §§ 1686, 1643, § 1822 Nr. 8 BGB. die Inhaberin der elterlichen Gewalt zur Belastung des Grundstücks der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfe. Die hiergegen eingelegte Beschwerde ist durch Beschluß des Landgerichts zurückgewiesen worden. Auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht den Erfolg versagt aus folgenden Gründen:

Es fragt sich, ob und durch welche Gesetzesvorschrift es gerechtfertigt wird, daß der Grundbuchrichter die Eintragung des Eigentums der Auflassungsempfänger und die Eintragung der Restkaufgeldhypothek vor Beibringung der

Digitized by Google

vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung abgelehnt hat. In dieser Hinsicht hat das Landgericht nur bemerkt, es bedürfe zur Ausführung des für die Erben des Käufers verbindlichen Kaufvertrags gemäß den §§ 1643, 1686 in Verbindung mit §§ 1821 flg. BGB. der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Daraus ist nicht ersichtlich, welchen Fall der nach den §§ 1821, 1822 genehmigungsbedürftigen Rechtsakte das Landgericht für vorliegend erachtet. Das Amtsgericht stützt sich auf § 1822 Nr. 8. Hiernach bedarf der Vormund und gemäß §§ 1643, 1686 BGB. auch der Inhaber der elterlichen Gewalt zur Aufnahme von Geld auf Kredit des Mündels bezw. des Hauskindes der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Ein solcher Fall liegt nicht vor: es soll nicht von der Witwe T. auf Kredit ihrer beiden minderjährigen Kinder Geld aufgenommen werden, sondern es soll von den Kindern auf Grund eines Kaufgeschäfts ein Grundstück erworben und dabei ein kreditierter Kaufgeldteil hypothekarisch sichergestellt werden.

Dennoch ist von den Vorinstanzen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts mit Recht erfordert worden. Allerdings würde es dieser Genehmigung nicht bedürfen, wenn die Witwe T. namens ihrer Kinder lediglich die Auflassung in Erfüllung des von ihrem verstorbenen Ehemanne mit dem Beschwerdeführer geschlossenen Kaufvertrags entgegengenommen hätte. Zwar würde die Witwe T. über die Forderung ihrer Kinder aus dem Kaufvertrag auf Uebertragung des gekauften Grundstücks durch Entgegennahme der Auflassung, also durch Annahme der geschuldeten Leistung, verfügt haben, indem sie dadurch die Forderung zur Aufhebung gebracht hätte, und es würde daher an sich eine nach §§ 1643, 1686, § 1821 Nr. 2 BGB. der Genehmigung bedürfende Verfügung über eine Forderung der Hauskinder auf Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke vorliegen. Aber nach § 1643 in Verbindung mit § 1822 Nr. 4 bedarf der Inhaber der elterlichen Gewalt zu einem auf den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks gerichteten Vertrage nicht, wie der Vormund, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts und daraus ist zu folgern, daß, wie der Gewalthaber ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zum Erwerbe von Forderungen auf Uebereignung von Grundstücken befugt ist, auch diese Uebereignung, also der dingliche Vertrag, nicht an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts geknüpft sein kann (KGJ. 24, 103; 28, 7; RJA. 3, 61). Vorliegend ist jedoch von der Witwe T. als Inhaberin der elterlichen Gewalt über ihre Kinder nicht lediglich die Auflassung in Erfüllung des Kaufvertrags entgegengenommen, sondern ferner gemäß der von ihrem verstorbenen Ehemann im Kaufvertrag übernommenen Verpflichtung die Eintragung der Restkaufgeldhypothek auf das aufgelassene Grundstück beantragt worden. Hierzu bedarf es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Die Hypothek kann auf die den Kindern aufgelassenen Anteile am Grundstück eingetragen werden und dadurch gemäß § 873 und § 185 Abs. 2 BGB. dingliche Wirkung erlangen, nachdem die Kinder zunächst als Eigentümer ihrer Anteile eingetragen sind. Mithin ist in der Eintragungsbewilligung der Witwe T., auf Grund deren die Belastung der Grundstücksanteile der Kinder mit der Hypothek erfolgen soll, eine Verfügung über diese Grundstücksanteile enthalten und ist daher ein genehmigungsbedürftiger Rechtsakt nach Maßgabe des § 1821 Nr. 1 in Verbindung mit §§ 1643, 1686 BGB. gegeben (BayObLGZ. 3, 646, OLGRspr. 2, 363, Güthe GBO. 1451).

Digitized by Google

Das Kammergericht hat auch bereits in dem in Parallele zu ziehenden Falle des Erwerbes eines Grundstücks seitens des Prokuristen für den Prinzipal unter Bestellung einer Hypothek für den Kaufgelderrest den Prokuristen, der nach § 49 HGB. zwar zum Erwerbe von Grundstücken berechtigt, aber zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken nur im Falle besonderer Befugniserteilung ermächtigt ist, ohne solche besondere Ermächtigung für nicht befugt erklärt, bei der Auflassung des gekauften Grundstücks die Eintragung einer Hypothek für den Kaufgelderrest zu bewilligen. Dabei ist die auch vorliegend in Betracht kommende Auffassung, daß die Verpfändung des Grundstücks nicht losgelöst werden könne von dessen Erwerbung, daß der Erwerbsakt nicht auf ein Grundstück schlechthin, sondern auf ein mit einem Pfandrechte zu beschwerendes Grundstück gerichtet sei, abgelehnt mit dem Hinweise darauf, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Entstehung des dinglichen Rechtes von dem zugrunde liegenden Kausalgeschäfte losgelöst und den Rechtserwerb zu einem abstrakten, lediglich durch die Willenseinigung der Beteiligten über den Eintritt der Rechtsänderung bedingten, gemacht hat, daß obligatorischer und dinglicher Vertrag sich nicht zu decken brauchen und daß rechtsgrundsätzlich eine Abhängigkeit des letzteren vom ersteren nicht besteht (KGJ. 29, 240; RJA. 5, 273). Andererseits hat zwar das Kammergericht hinsichtlich der ebenfalls ähnlich liegenden, viel umstrittenen Frage, ob bei dem Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft der Ehemann ohne Zustimmung der Frau ein Grundstück unter Belastung mit einer Hypothek für das Restkaufgeld erwerben darf, sich für die bejahende Ansicht entschieden (21, 316; RJA. 2, 89; KGJ. 26, 285). Jedoch beruhen die betreffenden Entscheidungen speziell auf Auslegung des die Einwilligung der Frau zu Verfügung des Mannes über ein Gesamtgutgrundstück erfordernden § 1445 BGB., so daß sie für die vorliegende Frage nicht maßgebend sind.

Demnach ist zur Eintragung der Restkaufgeldhypothek von 33 000 M. und, da die Eigentumseintragung nach den Entscheidungen der Vorinstanzen und nach dem Inhalte der Beschwerden als mit der Hypothekeintragung einheitlich gewollt anzusehen ist, auch zur Auflassung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich.

Befugnis des Notars, der die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet hat, die Eintragung zu beantragen und gegen die seinen Antrag ablehnende Verfügung Beschwerde einzulegen, auch wenn in der von ihm dem Grundbuchamt überreichten Urkunde die Beteiligten selbst die Eintragung beantragt haben.

§ 15 GBO.

Kammergericht Berlin, 1. März 1906. — Bd. 7 S. 136.

Eingetragene Eigentümer des Grundstücks sind die in Gütergemeinschaft lebenden K.schen Eheleute. In einer vom Notar L. beglaubigten Urkunde hat der Ehemann K. erklärt, daß er die in Abteilung III Nr. 1 eingetragene Hypothek von 1200 M., welche durch Zahlung auf ihn übergegangen und dadurch in eine Grundschuld umgewandelt sei, der Frau F. abtrete und daß er die Grundschuld in eine Dahrlehnshypothek umwandle. Der Notar L. hat diese Urkunde dem Grundbuchamt überreicht mit dem Antrage, die in Abteilung III

Digitized by Google

Nr. 1 eingetragene Hypothek von 1200 Mark, welche durch Quittung vom 13. November 1905 als Grundschuld auf den Besitzer K. übergegangen ist, unter Wiederumwandlung in eine Hypothek auf den Namen der Frau F. umzuschreiben. Das Amtsgericht hat den Antrag abgelehnt, weil es sich bei der Erklärung des Ehemanns um eine Verfügung über das Grundstück handele, der die Frau beitreten müsse. Die vom Notar eingelegte Beschwerde ist vom Landgericht als unzulässig verworfen. Es wird ausgeführt: Die präsumtive Vollmacht nach § 15 GBO. beziehe sich nicht auf den Fall, daß der Notar den von dem Berechtigten selbst gestellten Antrag nur übermittele. Habe er sich des Schriftstücks durch Abgabe an das Gericht entledigt, so sei seine Aufgabe beendet, auch wenn er die Uebergabe äußerlich in die Form eines eigenen Antrags kleide. Sei aber der Antrag nicht vom Notar als Bevollmächtigten des Antragsberechtigten, sondern von letzterem selbst gestellt, so könne auch nur der Antragsberechtigte Beschwerde einlegen, es sei denn, daß er dem Notar zur Einlegung der Beschwerde eine Spezialvollmacht erteilt habe. Eine solche sei aber nicht überreicht worden.

Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen aus folgenden Gründen:

Daß, wenn die dem Gericht überreichten formgerechten Urkunden über die Bewilligung von Rechtsänderungen (§ 19 GBO.) die Anträge auf Tätigwerden des Grundbuchamts (§ 13) bereits mit enthalten, es seitens des Notars nicht noch eines besonderen Antrags bei der Uebersendung an das Gericht bedarf, die Einreichung vielmehr die Bedeutung rein faktischer Dienste hat, ähnlich der eines Boten, entspricht der Rechtsprechung des Kammergerichts in ständiger Praxis. Allein daraus, daß es neben dem Antrage des Beteiligten eines Antrags des Notars nicht bedarf, folgt nicht, daß, wenn der Notar den bereits gestellten Antrag seinerseits noch einmal wiederholt, dieser unter allen Umständen jeder rechtlichen Bedeutung entbehrt. Gibt der Grundbuchrichter dem Antrage statt, dann erweist sich der eine der beiden übereinstimmenden Anträge allerdings als gegenstandslos. Anders liegt aber die Sache, wenn eine Zurückweisung erfolgt. Wie anerkannten Rechtens ist, ermächtigt die im § 15 GBO. dem Notar gegebene präsumtive Vollmacht zur Stellung des Eintragungsantrags zugleich auch zur Einlegung der Beschwerde ohne Beibringung einer besondern Vollmacht, da die Beschwerde lediglich eine Wiederholuug des Eintragungsantrags in höherer Instanz ist. Daraus ergibt sich, daß die Beteiligten ein erhebliches Interesse daran haben, daß der Notar als Antragsteller auch dann auftritt, wenn sie bereits selbst mit der Bewilligung den Antrag auf das Tätigwerden des Gerichts verbunden haben. Sie ersparen damit Zeitverlust und Kosten, welche aus der Beschaffung einer besonderen Vollmacht erwachsen. Es darf also daraus, daß sich der Antrag des Beteiligten selbst bereits in der vom Notar aufgenommenen oder beglaubigten Urkunde findet, noch nicht eine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung entnommen werden, vermöge deren der Notar zur Antragstellung befugt ist, jedenfalls dann, wenn die Partei dem Notar überlassen hat, die Urkunde dem Gerichte zu überreichen. Die rechtliche Möglichkeit der Bevollmächtigung zu einem Antrage, welchen der Vollmachtgeber bereits selbst gestellt hat, ist mit Rücksicht auf die selbständige Bedeutung des Antragsrechts des Notars nicht zu beanstanden.

Digitized by Google

In der Literatur ist denn auch, soweit ersichtlich, unbestritten, daß der Notar, welcher den von ihm aufgenommenen oder beglaubigten Eintragungsantrag des Beteiligten selbst dem Gericht überreicht, dadurch nicht behindert ist, den Antrag auch seinerseits zu stellen, wodurch er alsdann die Berechtigung zur Beschwerdeerhebung erhält. Dagegen kann der hierüber hinausgehenden Ansicht von Predari, daß dem Notar das Beschwerderecht auch dann zusteht, wenn er die Urkunde ohne Antrag seinerseits dem Grundbuchamt überreicht hat, nicht beigetreten werden (zu vergl. OLG. Rspr. 1, 266; 7, 332 Litt. b; RJA. 4, 174). Im vorliegenden Falle hat der Notar L. bei der Ueberreichung der von ihm beglaubigten, mit dem Umschreibungsantrage verbundenen Abtretungserklärung des Grundstückseigentümers den Eintragungsantrag seinerseits wiederholt. Damit war seine Legitimation zur Erhebung der Beschwerde gegen die Ablehnung der Eintragung gegeben . . . .

Abtretung einer Briefhypothek durch einen nicht eingetragenen Gläubiger. Legitimation des neuen Gläubigers gegenüber dem Grundbuchamte zur Verfügung über die Hypothek, auch wenn der Brief für ihn von einem anderen zum Zwecke der Eintragung vorgelegt und der Nachweis, daß diesem der Brief von ihm übergeben worden ist, nicht durch öffentliche Urkunden geführt wird.

§§ 1154, 1155 BGB., § 29 Satz 2, § 40 Abs. 2 GBO.

Kammergericht Berlin, 1. März 1906. — Bd. 7 S. 138.

Der Kaufmann E. zu B. hat eine für ihn auf dem Grundstücke des Paul G. eingetragene Briefhypothek in der von dem Notar K. aufgenommenen Verhandlung vom 1. Februar 1904 an den Kaufmann Karl G. abgetreten. In der von dem Notar R. aufgenommenen Verhandlung vom 1. Dezember 1905 hat der Kaufmann Karl G. die Löschung der Hypothek bewilligt und der Eigentümer Paul G. die Löschung gemäß § 27, § 13 Abs. 2 GBO. beantragt. Der Notar R. hat am 8. Dezember 1905 den Hypothekenbrief über die Post und die beiden genannten Urkunden mit der Bitte zu den Grundakten eingereicht, dem in der Urkunde vom 1. Dezember 1905 gestellten Antrage stattzugeben.

Das Amtsgericht beanstandete durch Verfügung vom 9. Dezember 1905 den Antrag auf Löschung, weil die Uebergabe des Briefes seitens des Kaufmanns E. an den Karl G. gemäß § 1117, § 929 Satz 2, §§ 930, 931 BGB. weder bei dem Grundbuchamt offenkundig noch gemäß § 29 Satz 2 der GBO. durch öffentliche Urkunden nachgewiesen worden sei. Auf die Vorstellung des Notars R. vom 13. Dezember 1905, daß Karl G. ihm den Brief und die Zession übergeben habe, hielt das Amtsgericht am 16. Dezember 1905 seine ablehnende Verfügung mit dem Bemerken aufrecht, die von dem Notar R. in dem Schreiben vom 13. Dezember 1905 abgegebene Erklärung genüge nicht.

Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde vom Landgerichte mit der Begründung zurückgewiesen: Der Nachweis, daß E. bei der Abtretung der Hypothek den Brief dem Karl G. übergeben habe, sei nicht erbracht. Nach § 40 Abs. 2 GBO. genüge allerdings zur Legitimation des G., daß dieser sich im Besitze des Briefes befinde; dieser Besitz des G. sei aber auch nicht nach-

Digitized by Google

gewiesen, die Erklärung des Notars, daß ihm der Brief von G. übergeben worden sei, reiche zur Führung dieses Nachweises nicht aus. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht die Beschlüsse der Vorinstanzen aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen. In den Gründen wird ausgeführt:

In der Sache selbst konnte zunächst der Zurückweisungsgrund des Amtsgerichts nicht für gerechtfertigt erachtet werden. Allerdings ist nach materiellem Rechte zur Uebertragung einer Briefhypothek gemäß § 1154 BGB. außer der Erteilung einer Abtretungserklärung in schriftlicher Form noch die Uebergabe des Briefes seitens des bisherigen Gläubigers an den Erwerber gemäß § 1117, § 929 Satz 2, §§ 930, 931 BGB. erforderlich. Aber nach formellem Grundbuchrecht ist der Erwerber zur Verfügung über die Hypothek vor dem Grundbuchamte legitimiert, wenn die Abtretungserklärung in öffentlich beglaubigter Form abgegeben ist und der Erwerber sich im Besitze des Hypothekenbriefs befindet. Dies ergibt sich aus § 40 Abs. 2 GBO. in Verbindung mit § 1155 BGB., wonach in einem solchen Falle der im Besitze des Hypothekenbriefs befindliche und durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung legitimierte Erwerber der Hypothek einem im Grundbuch eingetragenen Gläubiger der Hypothek gleich zu achten ist. Es genügt daher zum Nachweise der Legitimation des Erwerbers die Vorlegung der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung und des Hypothekenbriefs und braucht der über die Hypothek verfügende Erwerber dem Grundbuchamte gegenüber nicht noch weiter nachzuweisen, daß und auf welche Weise er von dem eingetragenen Gläubiger den Besitz des Briefes erlangt hat. Vorliegend geht das Amtsgericht davon aus, daß Karl G., an den die in Rede stehende Hypothek in der notariellen Urkunde vom 1. Februar 1904 abgetreten worden ist, durch den Notar R., der die Löschungsbewilligung des G. beurkundet hat, den in seinem Besitze befindlichen Hypothekenbrief dem Grundbuchamte vorgelegt hat. Bei dieser vom Amtsgericht angenommenen Sachlage war das Verlangen des Amtsgerichts ungerechtfertigt, Karl G. solle zum Nachweise seiner Berechtigung zur löschungsfähigen Quittierung über die Hypothek gemäß § 29 Satz 2 GBO. durch öffentliche Urkunden dartun, daß er den Hypothekenbrief von dem eingetragenen Gläubiger E. übergeben erhalten habe.

Ferner aber war auch der Zurückweisungsgrund des Landgerichts für unzutreffend zu erachten. Das Landgericht erklärt die Einreichung des Hypothekenbriefs durch den Notar R. nicht für genügend, sondern verlangt den Nachweis, daß Karl G. zuvor im Besitze des Briefes gewesen ist. Wäre dieses Verlangen gerechtfertigt, so müßte man daraus die allgemeine Folgerung ziehen, daß durch Einreichung eines Hypothekenbriefs seitens des instrumentierenden Notars namens des betreffenden Beteiligten dem Grundbuchamte die Vorlegung des Briefes durch diesen Beteiligten und also dessen Besitz des Briefes nicht genügend nachgewiesen werde. Daraus würden sich außerordentliche Erschwernisse für den Grundbuchverkehr hinsichtlich Briefhypotheken ergeben. Der Inhaber der Hypothek müßte, wenn er über die Hypothek verfügen wollte, den Brief dem Grundbuchamte persönlich überreichen, sofern er nicht durch eine öffentliche Urkunde die von seiner Seite erfolgte Uebergabe des Briefes an den Notar hätte feststellen lassen. Auch die Einsendung des Briefes durch einen Boten würde nicht genügen, denn folgerichtig müßte auch der Bote

Digitized by Google

durch öffentliche Urkunde nachweisen, daß er den Brief von dem Inhaber der Hypothek erhalten habe. Selbst wenn die Uebergabe des Briefes an den instrumentierenden Notar durch öffentliche Urkunden festgestellt wäre, müßte der Notar, sofern er nicht seinerseits persönlich dem Grundbuchamte den Brief überbringen wollte, wiederum die Uebergabe des Briefes an seinen Boten durch öffentliche Urkunden feststellen lassen. Es liegt auf der Hand, daß ein solcher den Grundbuchverkehr lahmlegender Formalismus vom Gesetze nicht gewollt sein kann. Tatsächlich steht auch der Nachweis einer Voraussetzung der Eintragung im Sinne des § 29 Satz 2 GBO. nicht in Frage. Aus dem Zwischensatze, „soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind", sowie daraus, daß nur öffentliche Urkunden zum Nachweise zugelassen sind, ist zu entnehmen, daß es sich im § 29 Satz 2 GBO. nur um solche Tatsachen handelt, deren Geschehensein zu beurkunden zur Zuständigkeit einer Behörde gehört. Die Denkschrift zu § 28 des Entwurfs sowie die Motive zu § 39 des Entw. I (Amtliche Ausgabe 1889 S. 73) führen als Beispiele an: Bestellung zum gesetzlichen Vertreter, Tod einer Person, richterliche Anordnungen und Urteile. Zu solchen Tatsachen gehört nicht die Uebergabe einer Urkunde an diejenige Person, welche die Urkunde dem Grundbuchamte vorlegt, seitens einer anderen Person, in deren Namen die Urkunde eingereicht wird. Da es sich auch nicht um eine Eintragsbewilligung oder eine sonstige zu der Eintragung erforderliche „Erklärung" im Sinne des Satzes 1 des § 29 GBO. handelt, so bedarf es für die genannte Tatsache überhaupt nicht eines urkundlichen Nachweises. Hierfür ist eine wesentliche Bestätigung auch daraus zu entnehmen, daß nach § 30 GBO. selbst für die Bevollmächtigung zur Stellung eines Eintragungsantrags eine Form nicht erforderlich ist. Wird daher eine Urkunde dem Grundbuchamte mit der Angabe vorgelegt, die Einreichung erfolge namens einer bestimmten anderen Person, so hat das Grundbuchamt nach allgemeinen Erfahrungsgrundsätzen einesteils und unter Berücksichtigung der etwaigen besonderen Sachlage anderenteils zu prüfen, ob Bedenken gegen die Richtigkeit der Angabe bestehen. Wenn, wie vorliegend, ein Notar, der hinsichtlich einer Briefhypothek eine Eintragungsbewilligung des Hypothekengläubigers beurkundet hat, die Eintragungsbewilligung und den Hypothekenbrief mit der Angabe einreicht, daß er den letzteren von dem Hypothekengläubiger zwecks Einreichung bei dem Grundbuchamt erhalten habe, so können nur ganz besondere, aus der speziellen Sachlage sich ergebende Bedenken es rechtfertigen, die Uebergabe des Briefes seitens des Gläubigers an den Notar nicht für nachgewiesen zu erklären. Dies folgt einesteils aus dem Vertrauen, das den Erklärungen eines Notars als einer mit öffentlichem Glauben versehenen Urkundsperson entgegenzubringen ist und anderenteils daraus, daß das Verhältnis, in welches der Notar durch die Beurkunduug der zu der Eintragung erforderlichen Erklärung zu dem Erklärenden getreten ist, die tatsächliche Vermutung begründet, der Notar habe die zum Nachweise der Legitimation des Erklärenden erforderlichen, dem Grundbuchamt eingereichten Urkunden von dem Erklärenden zwecks Herbeiführung der Eintragung erhalten. Eine solche aus dem bezeichneten Verhältnisse sich ergebende Vermutung hat auch die Vorschrift des § 15 GBO., wonach der instrumentierende Notar als ermächtigt gilt, im Namen eines Antragsberechtigten die Eintragung zu beantragen, zum gesetzgeberischen Grunde. Im gegebenen Falle liegen Bedenken

Digitized by Google

gegen die Annahme, daß der Notar R. den von ihm dem Grundbuchamt eingereichten Hypothekenbrief von Karl G., dem Zessionar des eingetragenen Gläubigers, erhalten hat, nicht vor. Insbesondere könnte, wenn in der die Löschungsbewilligung des Karl G. enthaltenden Urkunde vom 1. Dezember 1905, wie es den Anschein hat, zugleich von dem Grundstückseigentümer Paul G. der Löschungsantrag gestellt wäre, daraus ein Bedenken nicht deswegen entnommen werden, weil der Notar R. den Hypothekenbrief von Paul G. erhalten haben könnte. Auch wenn letzteres der Fall wäre, müßte angenommen werden, daß der Brief dem Paul G. von Karl G. übergeben und sodann von ersterem mit Wissen und Willen des letzteren dem Notar R. ausgehändigt worden ist, da in Anbetracht der von beiden Beteiligten gemeinsam abgegebenen, auf Herbeiführung der Löschung der Hypothek gerichteten Erklärungen das zu diesem Zwecke von dem einen Teile weiter Veranlaßte als mit Genehmigung des anderen Teiles bewirkt zu erachten wäre.

Hiernach sind die Abweisungsgründe der beiden Vorinstanzen rechtsirrtümlich. Es war daher unter Aufhebung der Beschlüsse der Vorinstanzen die Sache an das Amtsgericht zurückzuverweisen. Bei der anderweitigen Entscheidung über den Löschungsantrag hat das Amtsgericht davon auszugehen, daß weder der Nachweis der Uebergabe des Hypothekenbriefs seitens des eingetragenen Gläubigers E. an den Zessionar Karl G., noch der Nachweis der Uebergabe des Briefs von letzterem an den Notar R. erforderlich ist.

Eintragung einer Vormerkung zugunsten des jeweiligen Gläubigers einer Hypothek.

§§ 883, 1179 BGB.

Kammergericht Berlin, 15. März 1906. — Bd. 7 S. 142.

Der Maurermeister A. in S. hat in einer notariellen Verhandlung die Eintragung einer Hypothek im Betrage von 1650 M. für den Kaufmann S. zu B. auf seinem Grundstück in R. bewilligt und beantragt. Ferner hat er erklärt: „Zugleich verpflichte ich mich, zugunsten des jeweiligen Eigentümers der vorbezeichneten Hypothek von 1650 M. über denjenigen Teil der in Abteilung III für die Handelsgesellschaft F. & Sohn eingetragenen Hypothek von 5000 M. und der in Abteilung III für Holzhändler B. eingetragenen Hypothek von 3000 M., welcher infolge Nichtzahlung der Valuta oder aus einem anderen Grunde sich mit dem Eigentum in einer Person verbindet und eine mir zustehende Eigentümerhypothek resp. Eigentümergrundschuld werden würde, nicht anders als durch Löschung zu verfügen. Ich bewillige und beantrage die Eintragung einer diesbezüglichen Vormerkung im Grundbuche." Die genannten Hypotheken von 5000 und 3000 M. sind in Abteilung III Nr. 7 und 8 eingetragen. Die bestellte Hypothek von 1650 M. ist auf Grund der Urkunde in Abteilung III Nr. 9 eingetragen worden. Dagegen hat das Amtsgericht die Eintragung der Vormerkung abgelehnt, weil es nicht zulässig sei, eine Vormerkung zugunsten eines jeweilig Berechtigten einzutragen.

Die hiergegen eingelegte Beschwerde ist durch Beschluß des Landgerichts aus dem gleichen Grunde zurückgewiesen worden. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht die Sache unter Aufhebung der Beschlüsse der Vorinstanzen zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung an das Amtsgericht zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Digitized by Google

Der Beschwerdeführer beantragt als Grundstückseigentümer die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des jeweiligen Gläubigers der von ihm bestellten, inzwischen in Abteilung III Nr. 9 eingetragenen, Hypothek von 1650 M. gegen den Grundstückseigentümer auf Löschung des Teiles der ihr im Range vorgehenden Hypotheken Abteilung III Nr. 7 und 8, welcher infolge Nichtzahlung der Valuta oder aus einem anderen Grunde sich mit dem Eigentum in einer Person verbindet und dem Eigentümer als Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld zusteht. Ein solcher Antrag ist nach § 1179 BGB. zu beurteilen, welcher bestimmt, daß, wenn der Eigentümer sich einem anderen gegenüber verpflichtet, die Hypothek löschen zu lassen, sobald sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden kann. Ob solche Vormerkung aus § 1179 eine Unterart der im § 883 BGB. allgemein zugelassenen Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung eines Rechtes an dem Grundstück ist, ist zweifelhaft. Sie ist besonders zugelassen, weil die unmittelbare Anwendung des § 883 nach den Verhandlungen der Kommission für die zweite Lesung, denen er sein Entstehen verdankt (Protokolle 3, 607), nur auf Grund einer mindestens zweifelhaften theoretischen Auffassung der Eigentümerhypothek möglich und deshalb bedenklich erschien. Was damit gemeint war, ist streitig, kann aber hier dahingestellt bleiben, da es hier nur darauf ankommt, daß auch die Vormerkung des § 1170 eine Vormerkung ist und daß deshalb die allgemeinen Bestimmungen der §§ 883 ff. auf sie Anwendung finden, und da dies sich schon aus dem Gebrauche des technischen Ausdrucks „Vormerkung" ergibt. Ueber die Ausgestaltung der Vormerkung bestand Streit, welcher seine Erledigung dahin gefunden hat, daß in ihr nicht ein neues dingliches Recht an Grundstücken geschaffen ist, sondern daß durch ihre Eintragung lediglich ein bestehender Anspruch verlautbart wird, daß sie also einem Anspruche dingliche Wirkung gegen Dritte beilegt. Dieser Grundauffassung entsprechend hat man dem Gläubiger nicht einen direkten Anspruch gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks oder sonstigen dinglich Berechtigten gegeben, den er wahlweise wie bei einem Gesamtschuldverhältnisse neben dem Anspruche gegen den obligatorischen Schuldner geltend machen könnte, sondern man hat das Rechtsverhältnis dahin gestaltet (§ 888 BGB.), daß der Anspruch, zu dessen Sicherung die Vormerkung eingetragen ist, gegen den ursprünglichen Schuldner geltend gemacht werden muß und daß der jeweilige Eigentümer oder sonstige dinglich Berechtigte seine grundbuchmäßige Zustimmung zur Verwirklichung des gesicherten Anspruchs geben muß. Danach hat die Vormerkung keine selbständige Bedeutung, sondern sie bildet lediglich ein Nebenrecht eines Anspruchs aus einem Schuldverhältnis, indem sie dessen Träger die Möglichkeit gewährt, seinen Anspruch auch dem späteren Erwerber eines dinglichen Rechtes gegenüber zu verwirklichen (zu vergl. OLGRspr. 10, 433). Die Frage, für wen eine Vormerkung eingetragen werden kann, ist deshalb lediglich aus dem Rechte der Schuldverhältnisse zu beurteilen. Soweit ein Anspruch auf Löschung einer Hypothek bestehen kann, so weit kann auch eine Vormerkung zu seiner Sicherung eingetragen werden.

Hiernach sind die Ausführungen der weiteren Beschwerde, daß eine Vormerkung aus § 1179 BGB. nicht nur für den derzeitigen Inhaber einer nachstehenden Hypothek, sondern auch für jeden anderen eingetragen werden kann, nicht

Digitized by Google

zu beanstanden, insofern damit gesagt sein soll, daß jede rechtsfähige Person einen Anspruch auf Löschung der Hypothek erwerben und daß jeder derartige Anspruch gesichert werden kann. Dies ist aber auch vom Landgerichte nicht in Zweifel gezogen. Ebenso sind die Ausführungen des Landgerichts, daß eine Vormerkung das Bestehen einer wirksamen Schuldverbindlichkeit voraussetze, insofern nicht zu beanstanden, als damit gesagt sein soll, daß eine Vormerkung zur Sicherung eines als nichtig erkennbaren Anspruchs nicht eingetragen werden darf. Denn durch solche Eintragung würde das Grundbuch unrichtig werden und der Grundbuchrichter darf nach seiner amtlichen Stellung eine Unrichtigkeit nicht mit Bewußtsein herbeiführen. Doch ist dabei zu berücksichtigen, daß nach § 883 BGB. die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruchs zulässig ist und daß nach § 885 BGB., § 19 GBO. die Eintragung der Vormerkung lediglich auf Grund der Bewilligung dessen, dessen Recht betroffen wird, beantragt werden kann, daß also der Nachweis der Entstehung des zu sichernden Anspruchs durch den Grundbuchrichter nicht gefordert werden darf. Nur wenn erkennbar ist, daß der Anspruch nicht besteht und auch in Zukunft nicht entstehen kann, ist also die Ablehnung der Eintragung zu rechtfertigen.

Der Antragsteller will nicht eine Vormerkung zur Sicherung einer unbestimmten Zahl von Ansprüchen eingetragen wissen, deren erster dem jetzigen Gläubiger der im Range nachstehenden Hypothek zusteht und durch die Aufgabe dieser Hypothek auflösend bedingt ist, deren zweiter dem nächsten Gläubiger der Hypothek zusteht und durch seinen Erwerb derselben aufschiebend, durch seine Aufgabe der Hypothek aber auflösend bedingt ist und deren dritter, vierter usw. in gleicher Weise dem dritten, vierten usw. Gläubiger der Hypothek zusteht. Einem solchen Verlangen würde auch entgegenstehen, daß eine Vormerkung nur zur Sicherung eines Anspruchs, nicht zur Sicherung mehrerer Ansprüche verschiedener Personen eingetragen werden kann und daß ein Antrag auf Eintragung einer unbestimmten Zahl von Vormerkungen der im Grundbuchverkehr erforderlichen Bestimmtheit entbehrt. Der Antragsteller will vielmehr eine Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs eingetragen wissen, der zur Zeit dem derzeitigen Gläubiger der im Range nachstehenden Hypothek zusteht, der, sofern er nicht durch Verfügung dieses Gläubigers erlischt, von dem Zeitpunkte des Ueberganges der Hypothek auf einen anderen Gläubiger ab diesem neuen Gläubiger zusteht und der in gleicher Weise, sofern er nicht durch Verfügung des zweiten Gläubigers erlischt, dem dritten, vierten usw. der nachstehenden Hypothek zustehen soll. Das Bedenken des Landgerichts, daß ein derartiger Anspruch den künftigen Gläubigern der nachstehenden Hypothek früher zustehen würde als die Hypothek selbst, ist unzutreffend, denn sie sollen den Anspruch erst erhalten, wenn sie die Hypothek erwerben. Ebenso ist das weitere Bedenken unzutreffend, daß die Eintragung einer solchen Vormerkung praktisch bedeutungslos sei, weil der zu sichernde Anspruch im Zweifel mit der nachstehenden Hypothek übertragen werde. Die Vormerkung ist ein Nebenrecht des zu sichernden Anspruchs und geht mit ihm über. Eine besondere Eintragung der Vormerkung für die Rechtsnachfolger des Gläubigers des zu sichernden Anspruchs ist deshalb gegenstandslos und unzulässig (OLGRspr. 10, 433). Wenn aber der zu sichernde Anspruch dem derzeitigen Gläubiger einer nachstehenden Hypothek zusteht, so wird er dadurch begrifflich nicht zum Nebenrechte

Digitized by Google

dieser Hypothek. Er steht selbständig neben ihr und kann von seinem Gläubiger mit der Hypothek übertragen oder auch nicht übertragen werden. Es mag gerechtfertigt sein, im Wege der Auslegung in der Uebertragung der Hypothek zugleich mangels besonderer entgegenstehender Gründe die Uebertragung des Anspruchs auf Löschung der vorstehenden Hypothek zu finden. Diese Auslegung versagt aber, wenn der Gläubiger erkennbar die Hypothek ohne den zu sichernden Anspruch übertragen will. Deshalb ist es für den Verkehr von Bedeutung, ob der Anspruch von vornherein in der Weise begründet werden kann, daß er mit der Uebertragung der Hypothek dem neuen Hypothekengläubiger zusteht, sofern er nicht vor dieser Uebertragung erloschen ist.

In Frage steht also nur, ob ein derartiger Anspruch, dessen Subjekt ohne Abtretung durch den Gläubiger wechselt und durch ein anderes Sachverhältnis bestimmt wird, nach den Grundsätzen des Rechtes der Schuldverhältnisse möglich ist. Im gemeinen Rechte war es streitig. Für das Allgemeine Landrecht ist es in besonders gearteten Fällen bejaht (zu vergl. RG. 1, 368). Ebenso wird es für das geltende Recht von Dernburg (Bürgerliches Recht Bd. 3 § 69 Nr. 7 Anm. 11) bejaht. Die Richtigkeit dieser Annahme ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Ein Vertragsschluß mit den zurzeit noch unbekannten künftigen Gläubigern der nachstehenden Hypothek ist allerdings nicht möglich, da ein Vertreter mit Vertretungsmacht für sie nicht existiert. Der § 328 BGB. bietet aber die Möglichkeit, durch einen Vertrag eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung zu bedingen, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern. Nach § 328 Abs. 2 BGB. ist in Ermangelung einer besonderen Bestimmung aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags, zu entnehmen, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen solle. Einer Namhaftmachung des Dritten im Vertrage bedarf es nicht. Nach § 332 BGB. ist sogar die Möglichkeit vorgesehen, daß vereinbart wird, der Versprechensempfänger solle befugt sein, ohne Zustimmung des Versprechenden an die Stelle des im Vertrage bezeichneten Dritten einen anderen zu setzen. Um so mehr muß statthaft sein, den Dritten nur in der Weise zu bezeichnen, daß Merkmale oder Mittel angegeben werden, durch die er bestimmt werden kann. Bei der das Recht der Schuldverhältnisse beherrschenden Vertragsfreiheit steht auch nichts im Wege, zu vereinbaren, daß der Dritte unter bestimmten Voraussetzungen wechseln soll. Der § 398 BGB. bestimmt zwar, daß eine Forderung von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden kann. Damit ist aber nur die Form der Abtretung durch den Gläubiger bestimmt und nicht gesagt, daß der Gläubiger nicht auch in anderer Art wechseln könne, wenn solcher Wechsel aus dem Inhalte der Forderung folgt. Ebenso läßt sich nicht sagen, daß bei solchem im Begründungsvertrage vorgesehenen Wechsel des Dritten nicht ein Anspruch, sondern eine Mehrheit von Ansprüchen, nämlich für jeden Dritten ein besonderer Anspruch, begründet würde. Denn ein Schuldverhältnis ist nach der heutigen Auffassung im Gegensatze zum römischen Rechte nicht derart notwendig mit der Person des Gläubigers verbunden, daß es durch einen Wechsel desselben sein Wesen änderte.

Es ergibt sich also, daß die Begründung eines Forderungsrechts für den derzeitigen Gläubiger einer Hypothek, welches, sofern es nicht durch seine

Digitized by Google

Verfügung erlischt, kraft des zugrunde liegenden Vertrags vom Uebergange der Hypothek an nicht mehr ihm, sondern dem Erwerber der Hypothek zusteht, begrifflich möglich ist. Deshalb ist nach dem Gesagten auch die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines solchen Anspruchs nicht ausgeschlossen.

Indessen reichen die vorliegenden Unterlagen noch nicht aus, um die Eintragung daraufhin zu bewirken. Die Vormerkung soll zur Sicherung eines Anspruchs auf Löschung der im Range vorgehenden Hypothek eingetragen werden. Ihre Eintragungsfähigkeit ist deshalb durch die Bezeichnung des Anspruchs bedingt, der zwar nach § 885 Abs. 2 BGB. nicht selbst in das Grundbuch eingetragen zu werden braucht, sondern bezüglich dessen im Grundbuch auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann, der aber wenigstens in letzterer bezeichnet werden muß. Zur Bezeichnung eines Anspruchs aus einem Schuldverhältnisse genügt nicht die Angabe seines Inhalts, also hier die Angabe, daß er auf Löschung des gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. dem Eigentümer zustehenden Teiles der Hypothek gerichtet ist. Denn derartige Ansprüche desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner können in beliebiger Zahl selbständig nebeneinander bestehen, wenn sie auf verschiedenen Gründen beruhen. Eine Vormerkung, die nur einen solchen Anspruch sichert, sichert darum noch nicht den andern gleichen Inhalts, sofern sie nicht auch für ihn eingetragen ist. Wie deshalb eine Klagschrift nach § 253 Nr. 3 ZPO. neben dem Gegenstand eines Anspruchs auch dessen Grund angeben muß, wie das gleiche nach §§ 920, 936 ZPO. für das Gesuch um Anordnung eines Arrestes oder Erlaß einer einstweiligen Verfügung, insbesondere einer solchen gilt, auf Grund deren nach § 885 BGB. eine Vormerkung eingetragen werden soll, so erfordert das Spezialitätsprinzip des Grundbuchs, daß in der Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung neben dem Gegenstande des zu sichernden Anspruchs auch sein Grund angegeben wird. Denn ohne solche Angabe würde die Eintragung ihren Zweck verfehlen, die grundbuchlichen Verhältnisse klar zu legen, da dann aus ihr oder der in ihr in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung nicht zu ersehen wäre, welcher Anspruch durch sie gesichert ist. Ein Nachweis des Grundes braucht nicht geführt zu werden, da die Eintragung nach § 885 BGB., § 19 GBO. auf Grund der formalen Bewilligung erfolgt. Es ist nicht einmal notwendig, daß der Grund in der Vergangenheit liegt, da die Vormerkung nach § 883 BGB. auch zur Sicherung zukünftiger Ansprüche eingetragen werden kann. Notwendig ist aber die Angabe der Tatsachen, aus welchen der zu sichernde Anspruch entstanden ist oder entstehen soll, in solchem Umfange, daß der Anspruch von anderen Ansprüchen gleichen Inhalts desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner unterschieden werden kann.

Im vorliegenden Falle muß also in dem die Eintragungsbewilligung ersetzenden Antrage des Eigentümers außer dem bezeichneten Inhalte des Anspruchs weiter angegeben werden, mit wem und wann der den Anspruch begründende Vertrag geschlossen ist oder geschlossen werden soll, und daß in ihm vereinbart ist oder vereinbart werden soll, der Anspruch auf Löschung solle dem jetzigen Inhaber der nachstehenden Hypothek für die Dauer seiner Inhaberschaft uneingeschränkt, von dem Zeitpunkte des Ueberganges der Hypothek auf einen anderen ab aber diesem und mit derselben Maßgabe dem jeweiligen Inhaber der Hypothek zustehen. Um dem Antragsteller Gelegenheit zu geben,

Digitized by Google

seinen Antrag in dieser Richtung zu ergänzen, ist die Sache unter Aufhebung der Vorentscheidungen an das Amtsgericht zwecks Erlasses einer Zwischenverfügung gemäß § 18 GBO. zurückverwiesen. Die demnächste Formulierung der Eintragung wird nach Eingang der Ergänzung in der Weise erfolgen können, daß die Vormerkung für den jeweiligen Inhaber der nachstehenden Hypothek eingetragen und im übrigen zur näheren Bezeichnung des Anspruchs auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird, da bei deren ergänzter Fassung Mißverständnisse darüber, daß der Anspruch stets nur dem jeweiligen Hypothekengläubiger zusteht und daß zur Löschung der Vormerkung dessen alleinige Bewilligung ausreicht, nicht zu besorgen sind.

Uebrigens mag noch bemerkt werden, daß ein Widerspruch dieser Entscheidung mit dem entscheidenden Teile des Beschlusses des Kammergerichts RJA. 7, 64 nicht besteht. Denn in ihm ist die Berichtigung der Eintragung einer Vormerkung zugunsten der Gläubigerin einer Hypothek deshalb angeordnet, weil die Eintragung nur zugunsten einer bestimmten Person in ihrer Eigenschaft als Gläubigerin dieser Hypothek bewilligt war.

Zulässigkeit der Umschreibung einer von dem Eigentümer erworbenen Hypothek auf den Namen eines neuen Gläubigers, ohne daß es der Feststellung bedarf, ob der Eigentümer die Hypothek als Eigentümerhypothek oder als Eigentümergrundschuld erworben hat.

§§ 1143, 1163, 1177, 1180, 1198 BGB.

Kammergericht Berlin, 15. März 1906. — Bd. 7 S. 151.

Im Grundbuche steht eine Darlehnshypothek von 115 000 M. für die Hypothekenbank in M. eingetragen auf Grund der Schuldurkunde vom 5. Juli 1895. Persönliche Schuldner waren die damaligen Grundstückseigentümer. Von diesen hat der Privatier R. das Grundstück unter Uebernahme der Hypotheken im Jahre 1897 gekauft. Von letzterem ist es im Erbteilungsweg im Jahre 1900 auf die Witwe R. übergegangen, die ebenfalls die Hypothek übernommen hat, und von deren Erben hat es der jetzige Eigentümer F. 1904 erworben, gleichfalls unter Uebernahme der Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis. Am 21. Dezember 1905 hat die Hypothekengläubigerin erklärt, daß sie vom Grundstückseigentümer bezahlt sei, und die Löschung bewilligt. In notarieller Urkunde vom 11. Dezember 1905 hat der Grundstückseigentümer F. erklärt, daß die gedachte Forderung von 115 000 M. von der Gesellschaft D. A., Pensions- und Lebensversicherungs-Aktiengesellschaft, erworben sei und daß er mit dieser die näher aufgeführten Veränderungen der Verzinsung, Kündigung und Fälligkeit vereinbare. In notarieller Urkunde vom 28. Dezember 1905 bekennt sich der Grundstückseigentümer als Darlehnsschuldner der Aktiengesellschaft D. A. in Höhe von 115 000 M. und bestellt hierfür Sicherheit in der Weise, daß er die für die Hypothekenbank eingetragene Hypothek, die als Grundschuld auf ihn übergegangen sei, unter Umwandlung in eine Hypothek für das empfangene Darlehn an die Aktiengesellschaft D. A. abtrete. In notarieller Urkunde vom 30. Dezember 1905 hat letztere erklärt, daß sie die Erklärung des Grundstückseigentümers in der Verhandlung vom 28. Dezember 1905 annehme und mit demselben die in der Urkunde vom 11. Dezember 1905 enthaltene Vereinbarung schließe.

Digitized by Google

Das Amtsgericht hat die beantragte Umschreibung der Hypothek abgelehnt mit der Begründung: Die Umgestaltung der Hypothek in den Urkunden vom 21., 28. und 30. Dezember 1905 sei auf der Grundlage bewirkt, daß die Hypothek durch Bezahlung seitens des Eigentümers in seiner Hand Grundschuld geworden sei. Das setze aber voraus, daß F. als persönlicher Schuldner bezahlt habe. Nun habe er zwar beim Grundstückskaufe die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen. Es sei aber nicht nachgewiesen, daß die Gläubigerin die Uebernahme genehmigt habe, bezw. daß ihr dieselbe mitgeteilt sei und sie sechs Monate geschwiegen habe. Das Landgericht hat unter Billigung dieser Gründe die Beschwerde zurückgewiesen.

Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht die Beschlüsse der Vorinstanzen aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Amtsgericht zurückverwiesen.

Erlischt die Forderung, für welche eine Hypothek bestellt ist, so erwirbt der Grundstückseigentümer die Hypothek (§ 1163), und zwar wird sie in seiner Hand zur Grundschuld (§ 1177). Daß der Eigentümer persönlicher Schuldner war, ist nicht Voraussetzung. Auch wenn die Erlöschung dadurch eintritt, daß ein Dritter den Gläubiger befriedigt, ohne daß er dadurch die Forderung erwirbt (§ 1164), oder daß der Gläubiger die Forderung, deren persönlicher Schuldner ein anderer als der Eigentümer ist, erläßt, erwirbt der Eigentümer die Hypothek als Grundschuld. Diese kann er nach § 1198 wieder in eine Hypothek umwandeln. Allerdings nicht in seiner eigenen Hand, denn die Umwandlung setzt die Unterlegung einer neuen Forderung voraus und eine Forderung gegen sich selbst kann niemand begründen. Der Erwerb einer Eigentümerhypothek ist nur insoweit zulässig, als dies im Gesetze (§ 1143, § 1177 Abs. 2) ausdrücklich vorgesehen ist (zu vergl. RJA. 3, 212). Dagegen kann die Umwandlung erfolgen bei der Abtretung der Grundschuld an einen Dritten. Diesen Fall haben untergebens der Grundstückseigentümer und die Aktiengesellschaft D. A. bei ihren Erklärungen im Auge gehabt. Die Vorinstanzen bezweifeln nicht, daß der Grundstückseigentümer derjenige gewesen ist, welcher die Hypothekengläubigerin befriedigt hat. Sie vermissen nur den Nachweis, daß er auch persönlicher Schuldner gewesen ist. Hinsichtlich der Frage, ob er die Hypothek infolge der Befriedigung der Gläubigerin durch ihn erworben hat, macht es keinen Unterschied, ob er persönlicher Schuldner war oder nicht. Dagegen ist dies erheblich für die Frage, wie er die Hypothek erworben hat. War er persönlicher Schuldner, so hat er sie als Eigentümergrundschuld gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2, war er nicht persönlicher Schuldner, so hat er sie als Eigentümerhypothek gemäß § 1143 erworben. Nun ist den Vorinstanzen darin allerdings beizutreten, daß der Nachweis, daß der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner war, nicht erbracht ist. Hierzu reicht nicht aus, daß er sie beim Erwerbe des Grundstücks in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat, sondern es muß hinzukommen, daß der Gläubiger die Uebernahme genehmigt hat oder daß er infolge Schweigens auf unterlassene Mitteilung als genehmigend zu gelten hat (§ 416). So lange nicht die Genehmigung erfolgt oder als erfolgt anzusehen ist, bleibt der Verkäufer Schuldner. Der Käufer ist zwar ihm gegenüber verpflichtet, ihn von der Schuld zu befreien, allein zu dem Gläubiger

Digitized by Google

steht er in keinem Schuldverhältnis und er ist nicht persönlicher Schuldner, so daß er trotz seiner Verpflichtung dem Verkäufer gegenüber die Forderung erwirbt und mithin Eigentümerhypothekar wird. Anders würde der Fall liegen, wenn nachgewiesen wäre, daß der Grundstückseigentümer in Erfüllung seiner Verpflichtung, den Verkäufer zu befreien, für diesen bezahlt hätte. Dann erlosch die Forderung; denn die Voraussetzung für den Uebergang der Forderung auf den zahlenden persönlichen Schuldner (§ 1164) würde nicht vorliegen, aber auch der Eigentümer könnte die Forderung nicht erwerben, da er nicht für sich gezahlt hat. Er würde demnach die Hypothek als Grundschuld erworben haben. Allein da andererseits die Möglichkeit vorliegt, daß die Zahlung im eigenen Namen erfolgt ist, so ist im vorliegenden Falle nicht ersichtlich, ob der Eigentümer die Hypothek als Eigentümergrundschuld, wie er behauptet, oder als Eigentümerhypothek erworben hat (vergl. KGJ. 27, 278; RJA. 5, 210).

Wie nach § 1198 einer Grundschuld — welche begrifflich von einer Forderung losgelöst ist — nachträglich eine solche untergelegt werden kann, wodurch sie alsdann zur Hypothek wird, so gestattet § 1180, einer Hypothek — welche begrifflich mit einer Forderung verbunden ist — eine andere Forderung unterzulegen. Dazu bedarf es einer Einigung des Eigentümers und des Gläubigers. Ist dies derselbe Gläubiger, dem schon bisher die Hypothek zustand, so genügt diese Einigung. Soll aber diese Forderung durch eine andere ersetzt werden, welche einem neuen Gläubiger zusteht, so muß außerdem die Zustimmung des bisherigen Hypothekengläubigers hinzutreten. Von der Anwendung dieses Grundsatzes ist die Eigentümerhypothek nicht ausgeschlossen. Selbstverständlich ist die Ersetzung der Forderung durch eine andere in der Hand des Eigentümers unmöglich. In dieser Beziehung gilt dasselbe wie bei der Grundschuld, daß niemand gegen sich selbst eine Forderung begründen kann. Dagegen steht nichts im Wege, daß der Eigentümer seine Eigentümerhypothek abtritt und hierbei eine Forderung des Zessionars an die Stelle der bisherigen Forderung setzt.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß der Fall der Unterlegung einer Forderung unter eine Eigentümergrundschuld nach Voraussetzungen und Wirkungen demjenigen Falle gleichsteht, in welchem einer Eigentümerhypothek eine andere Forderung untergelegt wird. Voraussetzung ist für beide Fälle der übereinstimmende Wille, daß die Grundschuld bezw. Hypothek in Zukunft Hypothek mit einer bestimmten obligatorischen Unterlage werden soll, und die Wirkung besteht darin, daß in beiden Fällen das gleiche Rechtsobjekt entsteht, mag vorher das Rechtsobjekt eine Grundschuld oder eine Hypothek gewesen sein.

Ist das aber richtig, so kann unmöglich ins Gewicht fallen, ob die Beteiligten der Rechtsauffassung gewesen sind, daß eine Grundschuld und nicht eine Hypothek umgewandelt werde. Sind Inhalt und Wirkungen des Willens hinsichtlich des neu zu schaffenden Objekts die gleichen, so ist es regelmäßig unerheblich, welches Objekt bisher bestanden hat. Die Erklärungen der Parteien zur Umschreibung der Hypothek in eine andere Hypothek mit dem näher bezeichneten Inhalte muß deshalb genügen, ohne daß es vorher einer Feststellung bedarf, ob der Eigentümer bisher eine Eigentümerhypothek oder -Grundschuld gehabt hat. Würde diese Feststellung getroffen, so würde die praktische Wirkung für beide Fälle ganz dieselbe sein. Dann aber erweist sich die Feststellung als überflüssig.

Digitized by Google

Unzulässigkeit der Eintragung von Vertragsstrafen, welche die Erfüllung einer vom Eigentümer im Interesse der Sicherung der Hypothek übernommenen persönlichen Verpflichtung bezwecken, als Nebenleistungen der Hypothek.

Unzulässigkeit der Eintragung von Nebenleistungen einer Hypothek, wenn der Höchstbetrag der dadurch entstehenden Belastung nicht aus dem Grundbuch ersichtlich ist.

§ 1115 BGB.

Kammergericht Berlin, 22. März 1906. — Bd. 7 S. 154.

Die im Grundbuche in Abteilung III eingetragenen Hypotheken Nr. x und y sind an die Stadtgemeinde S. (städtische Sparkasse) abgetreten. Eingetragene Eigentümer des Grundstücks sind die in Gütergemeinschaft lebenden Eheleute P. Als Vertreter der Gütergemeinschaft hat der Ehemann in notarieller Urkunde vom 20. November 1905 bekundet, daß er mit der Zessionarin bezüglich der gedachten Hypotheken eine Reihe näher bezeichneter Vereinbarungen getroffen habe, aus denen folgendes hervorzuheben ist. Unter Nr. 3 ist der Gläubigerin das Recht eingeräumt, das Kapital ohne Kündigung unter anderem dann zurückzufordern, wenn die Versicherung der auf dem Pfandgrundstücke befindlichen Gebäude nicht mit einer solchen Gesellschaft abgeschlossen ist und bleibt, welche im Deutschen Reiche ihren Sitz hat und bei der Sparkasse der Stadt S. zugelassen ist, auch der Gläubigerin nicht der Hypothekensicherungsschein eingereicht ist, ferner, wenn die Versicherungssumme ohne Genehmigung der Gläubigerin herabgesetzt wird.

Sodann ist weiter bestimmt:

5. Außerdem sind wir verpflichtet, während der Zeit, während welcher wir den soeben genannten Verpflichtungen bezüglich der Versicherung nicht in allen Teilen nachkommen, anstatt $4\frac{1}{4}$ 5 Prozent Zinsen zu zahlen und eine Vertragsstrafe von 1 Prozent des Hypothekenkapitals zu entrichten.
6. Im Falle der Veräußerung des Grundstücks haben wir der Gläubigerin binnen 14 Tagen nach der Auflassung schriftlich mitzuteilen, wann die Auflassung stattgefunden hat, die Adresse des neuen Erwerbers, ob der neue Erwerber verheiratet ist und eventuell die Angaben, aus denen hervorgeht, welcher Güterstand für die Ehe des neuen Erwerbers maßgebend ist, ferner ob der neue Erwerber die Hypothek gemäß § 416 BGB. übernommen hat. Werden diese Angaben der Gläubigerin nicht vollständig und richtig gemacht oder kommen wir unserer Verpflichtung, der Gläubigerin gemäß § 416 Abs. 3 von der Schuldübernahme Mitteilung zu machen, nicht nach, so ist Gläubigerin berechtigt, Erfüllung dieser Verpflichtung zu verlangen und außerdem eine Vertragsstrafe von 30 M. für jeden Fall zu fordern.

Schließlich ist die Eintragung der Abänderung der Zahlungsbedingungen, der Zinserhöhung sowie der Vertragsstrafen im Grundbuche bewilligt.

Das Grundbuchamt hat durch Zwischenverfügung folgende Bedenken gegen die Eintragung erhoben. Die Vertragsstrafe falle als selbständiges Recht des

Digitized by Google

Gläubigers nicht unter § 1115 BGB., könne vielmehr nur als besondere Hypothek eingetragen werden. Abgesehen hiervon handele es sich aber auch um eine Mehrheit von Vertragsstrafen, deren Gesamtzahl zur Zeit nicht festgestellt werden könne. Es könne daher auch nicht ein Geldbetrag für alle Fälle angegeben werden. Zweck der Bestimmung im § 1115 BGB. über Angabe des Geldbetrags der Nebenleistungen sei aber, daß aus dem Grundbuche hervorgehe, in welchem Umfange das Grundstück durch die Nebenleistungen belastet werde.

Auf die Erklärung der Gläubigerin, daß sie damit einverstanden sei, daß die Hauptverpflichtung eingetragen und bezüglich der Vertragsstrafen besonders entschieden werde, hat das Amtsgericht die Hypotheken umgeschrieben, vermerkt, daß das Kapital vom 18. März 1905 ab mit $4^1/_4$ Prozent, unter Umständen mit 5 Prozent zu verzinsen sei, im übrigen bezüglich der Zins- und Zahlungsbedingungen auf die Urkunde vom 20. November 1905 Bezug genommen und hinzugefügt:

Die in dieser Eintragungsbewilligung verzeichneten Vertragsstrafen sind nicht mit eingetragen.

Die von der Sparkasse hiergegen erhobene Beschwerde ist vom Landgerichte zurückgewiesen mit der Erwägung, daß weder die Versicherungspflicht noch die Anzeigepflicht Nebenleistungen seien, wenn sie in ihrem Endzweck auch der Sicherung der Hypothek zu dienen bestimmt seien. Seien sie aber demgemäß nicht eintragbar, so seien auch die lediglich zur Befolgung dieser vertraglichen Verpflichtungen dienenden Geldstrafen nicht eintragungsfähig. Es erübrige sich deshalb eine Entscheidung, ob der Betrag der Geldstrafen genügend bestimmt sei. Auch die weitere Beschwerde ist vom Kammergerichte zurückgewiesen worden aus folgenden Gründen:

Nach dem ersten Entwurfe beschränkte sich die Haftung des Grundstücks — abgesehen von den gesetzlichen Zinsen und Kosten (§ 1066) — lediglich auf die Hauptforderung und die Vertragszinsen (§ 1064). Ein praktisches Bedürfnis für Erweiterungen der Hypothek, wie sie einzelne Landesgesetze enthielten, wurde nicht anerkannt, zumal solche mit dem Eintragungs- und Spezialitätsprinzipe nicht in Einklang stehen (zu vergl. Motive 3, 650). In der zweiten Lesung (Mugdan, Materialien 3, 798) wurde ein Zusatz beantragt, welcher ermöglichen sollte, daß die für Darlehne näher bezeichneter Kreditanstalten bestellten Hypotheken durch Vereinbarung der Beteiligten auf die nach den Satzungen außer den Zinsen zu entrichtenden Nebenleistungen erstreckt würden und daß bezüglich dieser Nebenleistungen bei der Eintragung nur auf die Satzungen Bezug genommen zu werden brauche. Es wurde darauf hingewiesen, daß nach den Satzungen dieser Anstalten der Schuldner neben den Zinsen und Kosten noch mannigfache andere Nebenleistungen übernehme. Bei einigen derselben, z. B. Zinsen für rückständig gebliebene, von der Anstalt vorgeschossene Hypothekenzinsen, Vertragsstrafen für unpünktliche Zinszahlung, handele es sich um Forderungen, deren Entstehung und Betrag nicht von vornherein feststehe. Nach dem Entwurfe müsse daher für diese Forderungen eine besondere Sicherungshypothek eingetragen werden. Um die hieraus erwachsenden wirtschaftlichen Nachteile zu beseitigen, sei es geboten, die vertragsmäßige Erstreckung der Darlehnshypothek auf die satzungsgemäßen Nebenleistungen

Digitized by Google

ohne Eintragung eines bestimmten Betrags zu gestatten. Die Durchbrechung des Spezialitätsprinzips müsse gegenüber dem praktischen Bedürfnisse zurücktreten. Bezüglich der Eintragung genüge die Bezugnahme nicht nur auf die Eintragungsbewilligung, sondern auch auf die Satzungen, da die Vorschrift nur für Kreditanstalten gelten solle, deren Satzungen öffentlich bekannt gemacht seien. Der Vorschlag wurde darauf angenommen und die Fassung der Redaktionskommission überlassen. Auf diese Weise ist zunächst der Abs. 2 des § 1115 BGB. zur Entstehung gelangt. Die Redaktionskommission ist aber über den in der Kommission behandelten Fall der Kreditinstitute hinausgegangen und hat auch im Abs. 1 der Hauptforderung und den Zinsen andere Nebenleistungen beigefügt und damit bei allen Hypotheken das Grundstück außer für Zinsen auch für sonstige Nebenleistungen für haftbar erklärt.

Was unter Nebenleistungen zu verstehen ist, darüber spricht sich das Gesetz nicht aus. Es muß deshalb auf den gemeinen Sprachgebrauch zurückgegangen werden. Voraussetzung ist zunächst die Verbindung mehrerer Forderungen. Diese Verbindung kann aber nicht in der Nebeneinanderstellung zweier selbständiger Forderungen bestehen, vielmehr erfordert der Begriff von Haupt- und Nebenforderung, daß die eine in einem Abhängigkeitsverhältnisse zur anderen steht; denn andernfalls würden beide Hauptforderung sein. Ein solches Abhängigkeitsverhältnis besteht z. B. zwischen Hauptforderung und Zinsen oder einer an die nicht ordnungsmäßige Leistung der Hauptforderung oder Zinsen geknüpften Vertragsstrafe. Dagegen fehlt es im vorliegenden Falle an einem solchen Abhängigkeitsverhältnisse. Die Grundstückseigentümer haben der Hypothekengläubigerin gegenüber verschiedene persönliche Verpflichtungen übernommen in Ansehung der Versicherung der auf dem verpfändeten Grundstücke stehenden Gebäude und für den Fall eines Eigentumswechsels. Daß derartige Verpflichtungen, auch wenn sie dazu bestimmt sind, dem Interesse der Hypothek zu dienen, keine Nebenleistungen dieser sind, hat das Kammergericht bereits ausgeführt (KGJ. 29, 247). Dann aber können auch Vertragsstrafen, welche die Erfüllung solcher persönlichen Verpflichtungen bezwecken, keine Nebenleistungen der Hypothek sein. Sie sind vor ihrem Verfalle nicht abhängig von der Hypothek als Hauptforderung, nach ihrem Verfall aber sind es Forderungen mit völlig selbständiger Existenz. Derartige Vertragsstrafen, welche nicht an die Hypothek selbst, sondern an anderweitige Vorgänge geknüpft sind, können nicht als Nebenbestandteil der Hypothek ins Grundbuch eingeführt werden, vielmehr steht ihrer Sicherstellung nur der Weg einer besonderen Höchstbetragshypothek offen.

Aber auch der zweite Ablehnungsgrund des Amtsgerichts — Unbestimmtheit des Geldbetrags —, den das Landgericht dahingestellt gelassen hat, erscheint zutreffend. Als bei der zweiten Lesung zugunsten gewisser Kreditinstitute die Erweiterung der Hypothek durch die Haftung des Grundstücks für die statutenmäßigen Nebenleistungen beantragt wurde, war man sich klar darüber, daß hiermit das Spezialitätsprinzip durchbrochen werde, insofern einzelne der Nebenleistungen, z. B. Zinsen für rückständig gebliebene, von der Anstalt vorgeschossene Hypothekenzinsen oder Vertragsstrafen für unpünktliche Zinszahlung, hinsichtlich der Entstehung und des Betrags nicht von vornherein feststehen. Man ließ indessen dies Bedenken gegenüber dem praktischen Bedürfnisse zurücktreten, teils im Hinblick auf die große Bedeutung der Kreditinstitute der in Rede stehenden Art,

Digitized by Google

teils weil es sich zumeist nur um geringfügige Forderungen handele oder darauf zu rechnen sei, daß die Aufsichtsbehörde die Forderungen (z. B. Vertragsstrafen) nicht in übermäßiger Höhe zulassen werde. Mit Rücksicht hierauf gab man bei Kreditanstalten, deren Satzungen von den zuständigen Behörden öffentlich bekannt gemacht worden sind, das Spezialitätsprinzip insofern auf, als man für satzungsgemäße Nebenleistungen das Grundstück auch dann haften ließ, wenn sie nicht von vornherein ihrer Existenz und ihrem Betrage nach feststehen. Ueber die gedachten Kreditanstalten hinaus aber ist die Redaktionskommission hierbei nicht gegangen. Zwar hat sie Nebenleistungen allgemein zugelassen. Dagegen ist das Spezialitätsprinzip hier dadurch gewahrt, daß ihr Geldbetrag im Grundbuch angegeben werden muß. Das kann entweder in der Weise geschehen, daß eine bestimmte Geldsumme eingetragen oder die Höhe der Nebenleistungen derartig beschrieben wird, daß die Berechnung auf einen Geldbetrag stattfinden kann, und zwar von vornherein dergestalt, daß jeder, welcher das Grundbuch einsieht, sofort den Höchstbetrag der Belastung ersehen kann (zu vergl. OLGRspr. 8, 206; KGJ. 20, 199, 203; RJA. 1, 81). An dieser Bestimmtheit aber fehlt es hier. Unter Nr. 5 ist bestimmt, daß für die Zeit, während welcher die Grundstückseigentümer den Verpflichtungen bezüglich der Versicherung nicht nachkommen, a) 5 Prozent Zinsen statt $4\frac{1}{4}$ Prozent zu zahlen sind, b) eine Vertragsstrafe von 1 Prozent des Hypothekenkapitals zu entrichten ist. Der erstere Teil dieser Abrede ist zweifellos eintragbar. Beide Leistungen stellen sich rechtlich als Konventionalstrafen dar, jedoch mit dem Unterschiede, daß die erstere in einer Erhöhung des Zinsfußes, die letztere in einer selbständigen Leistung besteht. Daß die Eintragung von Zinsen mit der Maßgabe, daß bei Eintritt einer bestimmten Bedingung sich die Zinsen erhöhen oder erniedrigen, zulässig ist, unterliegt keinem Bedenken und deshalb wird von der Rechtsprechung die Zulässigkeit der Eintragung von Strafprozenten bei einer Hypothek nicht bezweifelt (zu vergl. RG. 37, 274; RJA. 1, 79; 3, 52). Dagegen bedarf die sich in einer selbständigen Leistung darstellende Konventionalstrafe der Angabe eines bestimmten Betrags. Dazu ist aber nicht bloß erforderlich, daß feststeht, ob der Anspruch zur Entstehung gelangen wird, sondern auch, für welche bezw. wie viele Handlungen oder Unterlassungen die Strafe zu zahlen ist. Im vorliegenden Falle ist aber beides ungewiß, so daß es an der Berechnungsmöglichkeit fehlt, in welcher Höhe die Hypothek das Grundstück belastet. Aus den gleichen Erwägungen hat das Kammergericht einer Bestimmung, daß die rückständigen Zinsen vom Fälligkeitstag ab mit 5 Prozent jährlich zu verzinsen sind, die Eintragung versagt (zu vergl. KGJ. 20, 200).

Völlig ebenso liegt die Sache bezüglich der Vertragsstrafe unter Nr. 6, indem die Eheleute P. eine solche von 30 M. für jeden Fall versprochen haben, wo sie der Verpflichtung über Mitteilungen bezüglich des Eigentumswechsels nicht nachgekommen sind. Auch hier ist völlig ungewiß, ob ein Verfall der Strafe überhaupt eintreten und eventuell wie oft die Strafe verfallen wird. Also auch hier fehlt es an einem fest bestimmten Geldbetrage.

Unter diesen Umständen kann dahingestellt bleiben, ob der Ehemann als Vertreter der Gütergemeinschaft überhaupt zu den in der Urkunde vom 20. November 1905 übernommenen Verpflichtungen nach § 1445 BGB. befugt war.

Digitized by Google

Befugnis des Vormundschaftsgerichts, im Falle eines Streites zwischen geschiedenen Ehegatten, der den persönlichen Verkehr mit dem Kinde betrifft, zu entscheiden, ohne daß zuvor dem Kinde für das Verfahren ein Pfleger bestellt wird.

§§ 1636, 1909 BGB.

Reichsgericht, V. Zivilsenat, 28. Juni 1906.

Veröffentlicht RG. 64, 16.

Wegfall der Bindung der Beteiligten an eine im Erbenauseinandersetzungsverfahren getroffene Vereinbarung, wenn auf den rechtzeitigen Antrag eines im Termine nicht erschienenen Beteiligten ein neuer Termin anberaumt und in diesem die Verhandlung fortgesetzt worden ist.

§§ 91, 93, 97 FG.

Kammergericht Berlin, 5. April 1906. — Bd. 7, S. 170.

Das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit enthält keine ausdrücklichen Vorschriften darüber, wie lange die vorläufig gebundenen Beteiligten des Erbenauseinandersetzungsverfahrens (d. h. diejenigen, welche gemäß § 91 Abs. 1, § 93 Abs. 1 Satz 2 eine vorbereitende Vereinbarung getroffen oder ihr Einverständnis zum Auseinandersetzungsplan erklärt haben, sowie diejenigen, welche nach § 91 Abs. 2, § 93 Abs. 1 Satz 3 diesen Abmachungen nachträglich zugestimmt haben oder nach § 91 Abs. 3, § 93 Abs. 2 als zustimmend gelten) den übrigen Beteiligten gegenüber, deren Erklärungen noch fehlen, an ihre Zustimmung gebunden bleiben. Immerhin sind aus dem Gesetz ausreichende Anhaltspunkte für den Zeitpunkt der Beendigung ihrer Bindung zu entnehmen. Mit dem Erbenauseinandersetzungsverfahren wird der Zweck verfolgt, eine Auseinandersetzung (oder auch vorgängige Vereinbarung) mit den Wirkungen einer vertragsmäßigen Auseinandersetzung (Vereinbarung) zustande zu bringen (§ 97). Zu diesem Zwecke bedarf es der Erlangung des Einverständnisses aller Beteiligten, welches entweder wirklich erklärt wird oder zufolge ihrer Säumnis als erklärt gilt. Die vorläufig gebundenen Beteiligten erwarten (ähnlich wie bei einem Vertragsantrage) die Annahme oder Ablehnung der gemachten Vorschläge von den übrigen Beteiligten. Ihre Bindung ist jedoch nach den Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit offensichtlich eine sehr viel weiter gehende als diejenige eines Vertragsofferenten nach den §§ 145 ff. BGB. Ein Widerruf des einmal gegebenen Einverständnisses liegt nicht im freien Willen der Beteiligten; vielmehr sind sie so lange als daran gebunden zu betrachten, als die gesetzmäßige Durchführung des Verfahrens es erfordert; denn sonst könnten sie durch ihre Widerrufserklärungen die vermittelnde Tätigkeit des Gerichts in jedem Augenblicke lahm legen. Die gehörige Durchführung des Verfahrens läßt aber die Gebundenheit jener Beteiligten so lange als notwendig erscheinen, als gemäß § 91 Abs. 3, § 93 Abs. 2 noch gegen einen anderen Beteiligten ein Versäumnisverfahren schwebt; denn dieses kann weiterhin dazu führen, daß sein Einverständnis angenommen wird und somit die Auseinandersetzung (Vereinbarung) zustande kommt. Findet jedoch dieses Versäumnisverfahren seinen Abschluß dahin, daß der früher nicht erschienene Beteiligte mit seinem Widerspruche gegen die Auseinandersetzung (Vereinbarung) rechtswirksam durch-

Digitized by Google

bringt, so ist dieser Versuch der Erzielung eines allseitigen Einverständnisses der Beteiligten als endgültig gescheitert anzusehen. Nunmehr erscheint es auch nicht mehr gerechtfertigt, die Bindung der bisher gebundenen Beteiligten weiterhin aufrecht zu erhalten; vielmehr sind sie infolgedessen auch untereinander an ihre früheren Vorschläge und Erklärungen nicht mehr für gebunden zu erachten, so daß die Fortsetzung des Verfahrens auf einer ganz neuen Grundlage mit voller Freiheit aller Beteiligten stattfindet. Hiernach kommt es für die Beendigung der Bindung der vorläufig gebundenen Beteiligten in einem solchen Falle entscheidend darauf an, in welchem Zeitpunkte die Ablehnung der vorgeschlagenen Auseinandersetzung (Vereinbarung) von seiten des vorher säumigen Beteiligten sich als vollwirksam erweist. Das ergibt sich aber aus § 91 Abs. 3 Satz 2 bis 4, wo bestimmt wird:

> Die Bekanntmachung (der in dem Termine getroffenen Vereinbarung) muß den Hinweis darauf enthalten, daß, wenn der Beteiligte nicht innerhalb einer von dem Gerichte zu bestimmenden Frist die Anberaumung eines neuen Termins beantrage oder wenn er in dem neuen Termine nicht erscheine, sein Einverständnis mit dem Inhalte der Urkunde angenommen werden würde. Beantragt der Beteiligte rechtzeitig die Anberaumung eines neuen Termins und erscheint er in diesem Termine, so ist die Verhandlung fortzusetzen. Anderenfalls hat das Gericht die Vereinbarung zu bestätigen.

Diese Vorschriften gelten nach § 93 Abs. 2 auch für die Auseinandersetzung selbst. Hieraus geht hervor, daß in der rechtzeitigen Stellung des Antrags auf Anberaumung eines neuen Termins von seiten des früher nicht erschienenen Beteiligten eine wirksame Ablehnung der ihm bekannt gemachten Vorschläge noch nicht zu finden ist, daß er vielmehr seinen Ablehnungswillen zu diesem Behufe noch dadurch bestätigen muß, daß er auch in dem neuen Termine erscheint. Wenn er erscheint, so ist die Verhandlung fortzusetzen, anderenfalls die Vereinbarung zu bestätigen. Dieser Gegensatz läßt erkennen, daß im Falle seines Erscheinens eine Bestätigung nicht mehr stattzufinden hat, sondern statt ihrer die Fortsetzung der Verhandlung erfolgen muß. Mit dem Eintritt in diese wird also die bisherige Grundlage der Auseinandersetzung (Vereinbarung) aufgegeben und ihr Zweck ist, eine neue, geeignetere Unterlage für eine solche zu gewinnen. Allerdings liegt es in der Natur der Sache, daß der Erschienene auch noch bei Beginn des Termins vor dem Eintritt in die fortgesetzte Verhandlung seinen Widerspruch gegen die gemachten Vorschläge zurückziehen kann, so daß dadurch noch rechtzeitig eine Vereitelung der Auseinandersetzung (Vereinbarung) verhütet werden kann. Geschieht dies aber nicht, indem er entweder den früher gemachten Vorschlägen ausdrücklich widerspricht oder sonst durch sein ablehnendes Verhalten die Fortsetzung der Verhandlung zwecks Aufstellung anderweitiger Vorschläge veranlaßt, so hat er dadurch rechtswirksam die bisher vorgeschlagene Auseinandersetzung (Vereinbarung) abgelehnt; diese ist damit endgültigt gescheitert und kein Beteiligter mehr an sie gebunden.

Digitized by Google

Aussetzung des Erbenauseinandersetzungsverfahrens bis zur Erledigung von Streitpunkten, die sich bei den Verhandlungen ergeben haben; Befugnis des Nachlaßgerichts, von der Aussetzung abzusehen, wenn Widersprüche gegen die Vorschläge der übrigen Beteiligten nicht im Verhandlungstermine, sondern nur in schriftlichen Eingaben erhoben sind.

§ 95 FG.

Kammergericht Berlin, 5. April 1906. — Bd. 7 S. 174.

Die Beschwerde gegen einen Bestätigungsbeschluß im Erbenauseinandersetzungsverfahren kann nach § 96 Satz 2 FG. nur darauf gestützt werden, daß die Vorschriften über das Verfahren nicht beachtet seien. Das Landgericht hat nun eine derartige Gesetzesverletzung darin erblickt, daß das Amtsgericht trotz dem Vorliegen von Streitpunkten, welche gemäß § 95 eine Aussetzung des Verfahrens nötig gemacht hätten, dieses doch nach Maßgabe des § 93 fortgesetzt habe. Es ist zunächst dem Landgerichte darin beizutreten, daß in einer derartigen Fortsetzung des Verfahrens, obwohl seine Aussetzung zur Erledigung von Streitpunkten nach § 95 geboten war, allerdings eine Rechtsverletzung im Sinne des § 96 Satz 2 zu finden ist (zu vergl. RJA. 4, 14; ZBlFG. 4, 265; BayObLGZ. 4, 500). Es kann ihm jedoch nicht darin beigepflichtet werden, daß dieser Fall tatsächlich vorliegt. § 95 Satz 1 bestimmt:

> Ergeben sich bei den Verhandlungen Streitpunkte, so ist ein Protokoll darüber aufzunehmen und das Verfahren bis zur Erledigung der Streitpunkte auszusetzen.

Daraus geht in zweifelsfreier Weise hervor, daß für die Aussetzung des Verfahrens nur solche Streitpunkte in Betracht kommen, welche sich bei den Verhandlungen in einem Termine vor dem Nachlaßgericht ergeben haben, wogegen ein außerhalb des Termins erhobener, dem Gerichte schriftlich erklärter Widerspruch gegen die von seiten der übrigen Beteiligten gemachten oder zu erwartenden Vorschläge diese rechtliche Bedeutung nicht hat. Die sich bei den Verhandlungen ergebenden Streitpunkte sind in das Terminsprotokoll aufzunehmen, um als Grundlage für ihre Austragung im Prozeßwege zu dienen (Denkschrift S. 62; Hahn-Mugdan 7, 60). Dieses Protokoll muß also Auskunft geben über die Streitpunkte, wegen deren die Notwendigkeit einer Aussetzung des Verfahrens behauptet wird, während es auf den Inhalt der schriftlichen Eingaben der Beteiligten in dieser Beziehung nicht ankommt. Ein „Streitpunkt" im Sinne dieser Vorschrift liegt aber nicht schon dann vor, wenn zwischen den Beteiligten bei den Verhandlungen im allgemeinen Meinungsverschiedenheiten in bezug auf die vorzunehmende Erbenauseinandersetzung hervorgetreten sind und wenn bis zur Beendigung des Termins eine Einigung über diese noch nicht erzielt worden ist; denn es gehört recht eigentlich zum Zwecke des gerichtlichen Vermittlungsverfahrens, in der weiteren Verhandlung auf die Beilegung solcher Meinungsverschiedenheiten hinzuwirken. Vielmehr gehört es zum Begriffe des Streitpunkts, daß der Vermittlungsversuch des Richters erfolglos geblieben und endgültig ein Streit über einen bestimmten Punkt, ein konkretes Streitverhältnis, klar- und festgestellt wird, welches nach der Absicht der Beteiligten als Gegenstand eines Prozesses dienen kann und

Digitized by Google

soll. Die Feststellung eines solchen endgültigen Streitpunkts muß sich aus den Verhandlung „ergeben", sie muß ihr Ergebnis bilden und als solches aus dem Terminsprotokoll ersichtlich sein.

Unzulässigkeit der Feststellung, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist, sofern dem Nachlaßgerichte das Vorhandensein eines nicht von der Erbfolge ausgeschlossenen Verwandten des Erblassers nachgewiesen wird, auch wenn der Nachweis, daß die Verwandten einer vorhergehenden Ordnung weggefallen sind, nicht erbracht ist.

§§ 1936, 1964, 1965 BGB.

Kammergericht Berlin, 5. April 1906. — Bd. 7 S. 178.

Am 9. Oktober 1902 ist der Hausbesitzer R. in seinem Wohnsitze zu S. tot aufgefunden worden. Das Amtsgericht zu S. hat einen Pfleger für seine unbekannten Erben bestellt und am 26. Januar 1904 an diejenigen, welchen Erbrechte an seinem Nachlasse zustehen, die Aufforderung erlassen, solche spätestens am 6. Juni 1904 anzumelden. Die Aufforderung ist vom 3. Februar bis zum 6. Juni 1904 an der Gerichtstafel ausgehängt gewesen, am 8. Februar 1904 im Reichsanzeiger und am 11. und 25 Februar 1904 im Amtsblatte der Regierung zu K. veröffentlicht worden. Am 6. Juni 1904 hat das Amtsgericht auf Antrag des Nachlaßpflegers ein Urteil dahin verkündet, daß die unbekannten Erben mit ihren Ansprüchen auf den Nachlaß ausgeschlossen würden. Am 20. Juni 1904 hat es die Nachlaßpflegschaft aufgehoben und den Pfleger aufgefordert, den Nachlaß an die Regierung herauszugeben. Schon im Februar 1903 hatte der Pfleger angezeigt, daß Frau S., geb. R., sich bei ihm als Erbin gemeldet und auch Urkunden zu ihrer Legitimation eingereicht habe, die aber zur Begründung ihres Erbrechts nicht ausreichten. Am 26. Juni 1904 hat Frau S. bei dem Nachlaßgerichte privatschriftlich unter Bezugnahme auf § 1965 Abs. 2 BGB. beantragt, ihr einen Erbschein über ihr Erbrecht am Nachlasse des R. zu erteilen. Sie hat dabei pfarr- und standesamtliche Urkunden vorgelegt, aus denen sich ergab, daß ihr Vater und der Vater des Erblassers uneheliche Söhne derselben Mutter waren. Das Amtsgericht gab ihr die Urkunden mit dem Ersuchen zurück, eine Erbeslegitimationserklärung durch einen Notar aufnehmen zu lassen, und teilte zugleich dem Pfleger mit, daß die Pflegschaft noch nicht aufgehoben, sondern zunächst eine Frist von drei Monaten abzuwarten sei. Am 21. Juli 1904 zeigte der Justizrat E. im Namen der Frau S. dem Amtsgericht an, daß der Erblasser unverheiratet gewesen und daß seine Mutter vor ihm gestorben sei, daß er aber drei Geschwister gehabt habe, welche ohne Abkömmlinge verstorben sein sollten, diese Tatsache sowie die Frage, ob die Großmutter weitere Kinder gehabt habe, sei noch aufzuklären. Er werde weitere Ermittelungen anstellen. Am 17. August 1904 bat der Justizrat E. das Amtsgericht, die Frist des § 1965 BGB. zu verlängern. Das Amtsgericht verfügte eine Antwort dahin, daß die Verlängerung unzulässig sei.

Am 21. September 1904 stellte das Amtsgericht unter Bezugnahme auf die §§ 1964, 1965 BGB. durch Beschluß fest, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden sei.

Die hiergegen erhobene Beschwerde der Frau S. ist vom Landgerichte

Digitized by Google

zurückgewiesen worden. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht die Beschlüsse des Landgerichts und des Amtsgerichts aufgehoben aus folgenden Gründen:

Der Erblasser ist im Jahre 1902 gestorben. Die erbrechtlichen Verhältnisse seines Nachlasses sind deshalb nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche zu beurteilen. Ein Ausschlußurteil, wie es von dem Amtsgericht am 6. Juni 1904 erlassen ist, ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch unbekannt. Ob es trotzdem die in den I. 9. §§ 494 ff. PrALR. bezeichneten Wirkungen hat, kann dahingestellt bleiben. Keinesfalls hat es die Wirkung, den wirklichen Erben ihr Erbrecht zu entziehen, denn solche Wirkung würde es auch nach dem angeführten § 494 nicht gehabt haben. Ebensowenig kann es die Wirkung haben, das in den §§ 1964, 1965 BGB. vorgeschriebene Verfahren auszuschließen. Denn der Fiskus hat ein Recht darauf, daß bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen festgestellt wird, ein anderer Erbe als er sei nicht vorhanden, und das Nachlaßgericht ist verpflichtet, bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen diese Feststellungen zu treffen (zu vergl. OLGRspr. 9, 384). Durch den Erlaß eines formell unzulässigen Ausschlußurteils kann die Erfüllung dieser Pflicht nicht ersetzt werden. Das Amtsgericht ist deshalb mit Recht ungeachtet dieses Ausschlußurteils auf dem in den §§ 1964, 1965 BGB. gewiesenen Wege vorgegangen.

Nach § 12 FG. hat das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor Erlaß einer Entscheidung von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten. Diese Bestimmung gilt auch für das Nachlaßgericht, bevor es die Feststellung trifft, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden sei. Denn nach § 1964 BGB. ist diese Feststellung erst zu treffen, wenn nicht innerhalb einer den Umständen entsprechenden Frist der Erbe ermittelt wird. Daß im § 1965 bestimmte Arten von Ermittelungen vorgeschrieben sind, nämlich eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte, welche nur unterbleiben darf, sofern die Kosten dem Bestande des Nachlasses gegenüber unverhältnismäßig hoch sind, schließt die allgemeine Ermittelungspflicht des Nachlaßrichters nicht aus. Dieser Pflicht ist das Amtsgericht sich nicht bewußt gewesen. Denn es hat außer der öffentlichen Aufforderung Ermittelungen nicht angestellt, obwohl infolge der Anzeige des Pflegers, daß Frau S. sich als Erbin gemeldet habe, schon seit dem Februar 1903 Anlaß und Möglichkeit dazu gegeben waren. Ob noch jetzt Ermittelungen zulässig sein würden, nachdem die öffentliche Aufforderung in Gemäßheit des § 1965 BGB. und der §§ 948 bis 950, 204 ZPO. erlassen ist und nachdem seit dem Ablaufe der Anmeldungsfrist drei Monate verstrichen sind, kann dahin gestellt bleiben, da die Beschwerde aus einem anderen Grunde als wegen Verletzung der Ermittelungspflicht gerechtfertigt ist.

Nach § 1964 Abs. 1 BGB. soll die Feststellung, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist, erfolgen, wenn der Erbe nicht ermittelt wird. Nach § 1965 Abs. 2 soll dabei ein Erbrecht unberücksichtigt bleiben, wenn nicht dem Nachlaßgerichte fristgemäß nachgewiesen wird, daß das Erbrecht besteht oder daß es gegen den Fiskus im Wege der Klage geltend gemacht ist. Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch ist unter den Erben derjenige zu verstehen, der zur Erbfolge berufen ist und auf den deshalb nach § 1942 BGB. die Erbschaft unbeschadet seines Rechtes, sie

Digitized by Google

auszuschlagen, übergeht. Sofern die Berufung zur Erbfolge auf Verwandtschaft beruht, würde zum Nachweise des Erbrechts der Nachweis der Verwandtschaft nicht genügen. Denn nach § 1930 BGB. ist ein Verwandter nicht zur Erbfolge berufen, so lange ein Verwandter einer vorhergehenden Ordnung vorhanden ist. Es müßte also auch dieses Nichtvorhandensein dem Nachlaßgerichte nachgewiesen werden, widrigenfalls die Anmeldung des Erbrechts nach § 1965 Abs. 2 unberücksichtigt bleiben und die Feststellung, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden sei, getroffen werden müßte. Die Motive zu dem entsprechenden § 2067 des Entw. I (5, 556) scheinen dies auch anzunehmen. Denn sie bezeichnen als Zweckmäßigkeitsgrund der Vorschrift die Erwägung, daß ohne sie die Erbschaft nicht ausgeantwortet werden könne, so lange nicht feststehe, wer Erbe ist, daß also die Nachlaßpflegschaft fortbestehen müsse und hierdurch der für das Nachlaßgericht und den Pfleger mit Belästigungen und Verantwortlichkeit verbundene Schwebezustand ins Ungemessene verlängert werden könne. Dessen ungeachtet kann dies nicht der Standpunkt des Gesetzes sein, denn nach § 1936 BGB. ist der Fiskus nur dann gesetzlicher Erbe, wenn zurzeit des Erbfalls weder ein Verwandter noch ein Ehegatte des Erblassers vorhanden ist. Ist nachgewiesen, daß ein Verwandter vorhanden ist, so steht fest, daß der Fiskus nicht Erbe ist, auch wenn zurzeit nicht nachgewiesen werden kann, daß kein Verwandter einer vorhergehenden Ordnung vorhanden ist. Damit steht auch fest, daß ein anderer Erbe als der Fiskus vorhanden ist. Es kann deshalb unmöglich dem Gerichte die Pflicht obliegen, festzustellen, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist. Denn das Gesetz kann nicht wollen, daß der Richter eine Feststellung trifft, deren Unrichtigkeit er kennt, auch wenn sie, wie die Feststellung des § 1964 BGB. nur eine Vermutung begründet und widerlegbar ist. Deshalb muß der fristgemäße Nachweis, daß ein Verwandter des Erblassers vorhanden ist, welcher nicht durch Testament gemäß § 1938 BGB. von der Erbfolge ausgeschlossen ist, noch die Erbschaft ausgeschlagen hat, dessen Erbrecht auch nicht durch § 2339 oder § 2346 ausgeschlossen ist, im Sinne des § 1965 Abs. 2 als Nachweis des Erbrechts und im Sinne des § 1964 Abs. 1 als Ermittelung der Erben gelten. Aus denselben Gründen wird auch in der Literatur, die sich im übrigen, soweit bekannt geworden, mit der Frage nicht beschäftigt hat, von v. Staudinger-Herzfelder Anm. 2 Abs. 5 zu § 1964 BGB., angenommen, daß der § 1964 nicht anwendbar sei, wenn zwei oder mehrere darüber streiten, wer von ihnen Erbe sei, wenn aber immerhin klar ist, daß einer von ihnen Erbe ist. Dieser Fall liegt insofern ebenso, wie der hier erörterte, als auch bei Nachweis des Vorhandenseins eines Verwandten ohne Führung des Nachweises des Nichtvorhandenseins Verwandter einer vorhergehenden Ordnung feststeht, daß ein Verwandter und nicht der Fiskus Erbe ist, zweifelhaft aber nur bleibt, welcher Verwandte das Erbrecht hat. Die Beschwerdeführerin hat dem Nachlaßgerichte durch ihre Eingabe vom 26. Juni 1904 und deren Anlagen vor Ablauf der Frist des § 1965 Abs. 2 BGB. den Nachweis geführt, daß sie nach § 1926 zur Erbfolge berufen ist, wenn nicht Verwandte der zweiten Ordnung vorhanden sind. Denn der Umstand, daß ihr Vater und der Vater des Erblassers uneheliche Kinder derselben Mutter sind, steht dem Erbrechte nicht entgegen, da nach § 1705 das uneheliche Kind im Verhältnisse zu der Mutter und

Digitized by Google

den Verwandten der Mutter die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes hat und da dieser Grundsatz gemäß Art. 208 des EG. z. BGB. für die nach dem 1. Januar 1900 eingetretenen Erbfälle auch insoweit gilt, als die uneheliche Geburt in die frühere Zeit fällt. Die Feststellung, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden sei, durfte also nicht getroffen werden und ist aufzuheben. Das Nachlaßgericht muß nach § 1960 BGB. für die Sicherung des Nachlasses sorgen, bis der weitere Nachweis erbracht ist, welcher Verwandte Erbe ist.

Formgültigkeit eines Testaments, auch wenn die Unterschrift eines Zeugen nicht unter, sondern neben der Unterschrift des Erblassers steht.

§ 2242 BGB.

Kammergericht Berlin, 5. April 1906. — Bd. 7, S. 181.

Der vom Landgericht gebilligte Entscheidnngsgrund des Amtsgerichts, daß von den beiden Zeugen der eine, Anton K., das Testament nicht unterschrieben habe, weil seine Namensunterschrift nicht innerhalb, sondern neben derjenigen des Erblassers stehe, kann als zutreffend nicht anerkannt werden. Die auch im Falle des § 2249 BGB. zu beobachtenden Formvorschriften der §§ 2241, 2242 beruhen, wie das Reichsgericht wiederholt hervorgehoben hat, auf der Tendenz, eine Formungültigkeit des Testaments nach Möglichkeit abzuwenden (RG. 50, 16; JW. 1906 S. 53 Nr. 3; RJA. 7, 55). Von mehreren möglichen Auslegungen ist daher derjenigen der Vorzug zu geben, welche der Aufrechterhaltung der Testamente am günstigsten ist. Zu der Auslegung aber, daß die Unterschriften der mitwirkenden Personen unterhalb derjenigen des Erblassers stehen müßten, nötigen die §§ 2241, 2242 BGB. nicht. Denn wenn es auch richtig ist, daß die Unterschriften der mitwirkenden Personen den Abschluß des Protokolls zu bilden haben, so zwingt doch nichts zu der Annahme, daß die Unterschrift des Erblassers einen Bestandteil des von den mitwirkenden Personen zu unterzeichnenden „Protokolls" bildete. Vielmehr lassen Wortlaut und Sinn des Gesetzes die Auffassung zu, daß unter dem „Protokoll" nur der Text der Urkunde zu verstehen ist. Allerdings gehört zu dem Protokoll im Sinne des § 2242 Abs. 3 mit Notwendigkeit auch der Vermerk, daß das Protokoll vorgelesen, von dem Erblasser genehmigt und von ihm eigenhändig unterschrieben worden ist, während nach der neueren Ansicht des Reichsgerichts dieser Vermerk zur Zeit der Unterzeichnung durch den Erblasser noch ganz oder teilweise fehlen darf (RJA. 7, 55 gegen JW. 1905 S. 541 Nr. 33). Durch die Unterzeichnung des am Schlusse der Beurkundung stehenden Vermerkes seitens der mitwirkenden Personen wird aber in Ermangelung einer unzweideutigen gegenteiligen Bestimmung des Gesetzes auch die neben oder unterhalb aller oder einiger Unterschriften der mitwirkenden Personen stehende Unterschrift des Erblassers gedeckt. Der Umstand, daß vorliegendenfalls der Namenszug des Zeugen K. neben demjenigen des Erblassers steht, beeinträchtigt daher, weil sämtliche Unterschriften unterhalb des Textes der Urkunde sich befinden, die Formgültigkeit des Testaments nicht. Auch sonst gibt die Form des Testaments zu Bedenken keinen Anlaß.

Digitized by Google

Unzulässigkeit der Feststellung der Erbunwürdigkeit in anderer Weise als durch rechtskräftiges Urteil.

§§ 2342, 2344 BGB.

Oberlandesgericht Dresden, 18. April 1906. — Bd. 7 S. 185.

Am 11. August 1905 wurden die verehelichte L. und deren vier Kinder in der Wohnung zu K. erschlagen aufgefunden. Als Mörder ist der Mann der L., der Glasmachermeister L., zum Tode verurteilt und am 19. Januar 1906 enthauptet worden. Die drei Schwestern des hingerichteten Mannes der Frau L. haben in ihrer Eigenschaft als gesetzliche Erben L.s je in einem öffentlich beglaubigten Schriftstück anerkannt, daß ihr Bruder in Ansehung des Nachlasses seiner ermordeten Frau erbunwürdig sei. Unter Ueberreichung dieser Schriftstücke beantragte die Schwester der ermordeten Frau L., Frau Emma S., bei dem als Nachlaßgericht zuständigen Amtsgerichte K. die Erteilung eines sie als einzige Erbin ihrer Schwester ausweisenden Erbscheins. Das Amtsgericht lehnte den Antrag ab, weil die Erbunwürdigkeit nach § 2342 BGB. durch Anfechtung im Wege der Klage geltend zu machen sei und der verlangte Erbschein deshalb nur auf Grund eines die Erbunwürdigkeit aussprechenden rechtskräftigen Urteils erteilt werden könne. Das Landgericht ist dem auf die Beschwerde der Antragstellerin beigetreten.

Auch der weiteren Beschwerde ist vom Oberlandesgerichte Dresden der Erfolg versagt worden aus folgenden Gründen:

Richtig ist, daß in dem Prozeß über die Erbunwürdigkeit einer Person die allgemeinen Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Folgen einer Versäumnis und die Wirkung eines Anerkenntnisses oder eines Geständnisses gelten und daß daher der Beklagte, der den Klaganspruch anerkennt, auf Grund des Anerkenntnisses als erbunwürdig zu erklären ist. Nicht richtig dagegen ist es, wenn die Beschwerdeführerin hieraus gefolgert wissen will, daß das von dem Erbunwürdigen (oder seinen Erben) in öffentlich beglaubigter Form erklärte Anerkenntnis der Erbunwürdigkeit für die Erteilung des Erbscheins dem die Erbunwürdigkeit aussprechenden Urteile gleichgestellt werden müsse. Denn abgesehen davon, daß nach § 2354 Abs. 2, § 2356 Abs. 1 Satz 1 BGB. als Form für das Anerkenntnis nicht die öffentliche Beglaubigung genügen, sondern die öffentliche Beurkundung zu erfordern sein würde, ist der Erbunwürdige nicht schon kraft Gesetzes von der Erbfolge ausgeschlossen, vielmehr wird er trotz seiner Erbunwürdigkeit Erbe und sein Erwerb der Erbschaft kann nur von den im § 2341 BGB. bezeichneten Personen angefochten werden. Die Anfechtung hat im Wege der Klage zu erfolgen; ist der Erbe auf die Klage rechtskräftig für erbunwürdig erklärt, so gilt der Anfall an ihn als nicht erfolgt und die Erbschaft fällt demjenigen an, der berufen sein würde, wenn der Erbunwürdige zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte (§§ 2342, 2344 BGB.). Danach beruht die gesetzliche Regelung auf der Fiktion, daß der — in Wirklichkeit stattfindende — Anfall der Erbschaft an den Erbunwürdigen nicht geschehen sei. Diese Fiktion ist an die Rechtskraft des auf die Anfechtungsklage ergehenden, die Erbunwürdigkeit aussprechenden, Urteils gebunden; sie auf das bloße, wenn auch in Vertragsform ausgesprochene Anerkenntnis des Erbunwürdigen und damit auf einen

Digitized by Google

ganz anderen Tatbestand zu übertragen, erscheint ausgeschlossen, weil eine jede Fiktion als die Annahme einer im Widerspruche zu der Wirklichkeit stehenden Tatsache notwendigerweise auf den für sie vom Gesetze vorgesehenen Tatbestand beschränkt ist.

Die Beschwerdeführerin geht auch fehl, wenn sie annimmt, daß in einem Falle wie dem vorliegenden, wo der Erbunwürdige (oder sein Erbe) die Erbunwürdigkeit anerkennt, den Anfechtungskläger die Kosten des Prozesses träfen. Denn der Erbunwürdige hat durch ein Verhalten Anlaß zur Erhebung der Klage gegeben und durch sein außergerichtliches Anerkenntnis der Erbunwürdigkeit wird der Anfechtungsberechtigte nicht klaglos gestellt, so daß also auch die Vorschrift des § 93 ZPO. keine Anwendung finden kann.

Die Beschwerdeführerin muß daher behufs Erlangung des von ihr begehrten Erbscheins Anfechtungsklage erheben. Ohne Erhebung von Klage läßt sich die Angelegenheit nur in der Weise erledigen, daß die Schwestern und Erbinnen L.s die Gegenstände, die zu dem ihrem Bruder angefallenen Nachlasse der verehelichten L. gehören, der Beschwerdeführerin rechtsgeschäftlich übertragen.

Antrag des Gläubigers einer Firma, die im Handelsregister eingetragene Löschung der Firma wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung der Löschung wieder aufzuheben. Unzulässigkeit der Beschwerde gegen die Ablehnung dieses Antrags, wenn die Beschwerde lediglich darauf gestützt wird, daß dem Gläubiger durch die Löschung die Verfolgung seines Anspruchs gegen die Firma erschwert worden sei.

§§ 20, 142 FG.

Kammergericht Berlin, 23. April 1906. — Bd. 7 S. 186.

Im Jahre 1901 ist die Firma „Paul K." für ein von dem Kaufmann Paul K. zu B. in den Geschäftsräumen P.straße 33 betriebenes Kolonialwarengeschäft in das Handelsregister eingetragen worden. In der notariell beglaubigten Urkunde vom 4. Juli 1905 erklärten:

1. der Kaufmann Paul K., daß er sein Handelsgeschäft aufgelöst hat und diese Tatsache zum Handelsregister mit dem Antrag auf Löschung der Firma Paul K. angemeldet;

2. Paul K. und der bisherige Rentier Ernst S. zu S., daß sie an diesem Tage eine offene Handelsgesellschaft zu B. begründet haben, welche den Handel mit Kolonialwaren bezweckt und die Firma „Paul K. & Co." führen soll, und daß sie diese Gesellschaftserrichtung zur Eintragung in das Handelsregister anmelden. Als Geschäftslokal der neuen Gesellschaft wurde ebenfalls P.straße 33 angegeben. Nach Einreichung dieses Antrags ist zufolge Verfügung des Amtsgerichts zu B. im Handelsregister eingetragen worden, daß die Firma jetzt Paul K. & Co. laute, daß eine offene Handelsgesellschaft vorliege und daß der bisherige Rentier S. in S. in das Geschäft als persönlich haftender Gesellschafter eingetreten sei. Demnächst erklärte K. zu gerichtlichem Protokolle vom 10. August 1905: Es sei bei Umwandlung seiner Firma in eine offene Handelsgesellschaft zwischen ihm und dem bisherigen Rentier S. vereinbart worden, daß die Forderungen und Verbindlichkeiten nicht mit übergingen; er bitte, dies noch in das Register einzutragen. Daraufhin hat das Amtsgericht noch am 10. August 1905 einen entsprechenden Vermerk ein-

Digitized by Google

getragen. S. war mit den Eintragungen vom 7. Juli und 10. August nicht einverstanden, er vertrat vielmehr den Standpunkt, daß entsprechend der Anmeldung vom 4. Juli 1905 die Firma Paul K. als Einzelfirma gelöscht und die neue Firma Paul K. & Co. eingetragen werden müsse, da er in die erste Firma nicht eingetreten, vielmehr unter der zweiten Firma eine neue Gesellschaft begründet worden sei. Gegenüber der Auffassung des Amtsgerichts und Landgerichts zu B., welche die Eintragungen als antragsgemäß und zutreffend erachteten, haben S. und die Firma Paul K. & Co. ihren Standpunkt im Beschwerdewege geltend gemacht und den Beschluß des Kammergerichts vom 5. Oktober 1905 erwirkt, durch welchen die angefochtenen Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben und die Sache an das Amtsgericht zurückverwiesen wurde (RJA. 6, 185). Es wurde ausgeführt, daß die Eintragungen unzutreffend seien, da ein erheblicher Unterschied zwischen der Auflösung des alten Geschäfts nebst Neugründung einer Gesellschaft und der Umwandlung des alten, weiter bestehenden Geschäfts in eine Gesellschaft bestehe. Zugleich wurde darauf hingewiesen, daß das Registergericht die Wahrheit der angemeldeten Tatsachen zu prüfen habe, sobald sich gegen sie Bedenken ergeben, und daß es insbesondere die Eintragung einer offenen Handelsgesellschaft auf Grund eines festgestelltermaßen simulierten Gesellschaftsvertrags abzulehnen habe.

Am 9. November 1905 erklärte nunmehr der Kaufmann Paul K. dem Amtsgerichte: Seine Anmeldung vom 10. August 1905 entspreche nicht den Tatsachen. Eine Abrede, wie er sie zu dieser Verhandlung angemeldet habe, sei zwischen ihm und S. gar nicht getroffen worden. Er habe die Anmeldung nur nach Rücksprache mit seinem Anwalte bewirkt, um den Wirkungen der Eintragungen vom 7. Juli 1905 zu entgehen. Er ziehe daher seinen Antrag vom 10. August zurück. Gleichzeitig erklärten K. u. S.: Sie beantragten, die Eintragungen vom 7. Juli und 10. August zu löschen und über ihren Antrag vom 4. Juli 1905 anderweit zu befinden. Zufolge Verfügung des Amtsgerichts vom 16. Dezember ist darauf an demselben Tage im Handelsregister eingetragen worden, daß die Firma Paul K. erloschen sei. Zugleich wurden alle dort befindlichen Eintragungen bezüglich der Firmen Paul K. und Paul K. & Co. gelöscht und unter einer neuen Nummer die offene Handelsgesellschaft Paul K. & Co. eingetragen.

Die Firma K. & Co. in Berlin hat gegen die Eintragungen vom 16. Dezember 1906 Beschwerde eingelegt und den Antrag gestellt, anzuordnen, daß die Eintragungen des Amtsgerichts vom 16. Dezember 1905 gelöscht würden und daß die Eintragung vom 7. Juli 1905 wieder hergestellt werde. Zur Begründung ihres Antrags hat die Beschwerdeführerin behauptet: Sie habe dem Kaufmann Paul K. für sein in der P.straße 33 betriebenes Kolonialwarengeschäft im Laufe des Jahres 1905 Waren geliefert und infolge dessen an ihn Forderungen von zusammen 1007,95 M. nebst Zinsen und Kosten. K. habe nicht bezahlt; er sei auch verurteilt worden, die Zwangsvollstreckung gegen ihn sei jedoch fruchtlos gewesen, da das Privatmobiliar der Ehefrau gehöre und der Gerichtsvollzieher eine Zwangsvollstreckung im Geschäftslokale nicht habe vornehmen können, weil dort die Firma Paul K. & Co. domiziliere. K. habe auch inzwischen auf Antrag eines anderen Gläubigers den Offenbarungseid geleistet. Die Anmeldung des K. und S. vom 4. Juli

Digitized by Google

1905 entspreche nicht der Wahrheit und sei nur zum Scheine erfolgt. In Wirklichkeit habe K. den S. in sein altes Geschäft aufgenommen und dieses unverändert unter der neuen Firma fortgeführt. Das habe K. in dem Zirkulare, welches er nach der handelsgerichtlichen Eintragung vom 7. Juli 1905 an seine Gläubiger verschickt habe, selbst deutlich ausgesprochen. Der Registerrichter hätte noch weitere Beweise erheben müssen. Eine Prüfung der Handelsbücher beider Firmen werde ergeben, daß die Bücher des Paul K. über den 4. Juli 1905 hinaus für die offene Handelsgesellschaft Paul K. & Co. ohne weiteres fortgeführt worden und deren Bücher seien.

Das Landgericht zu B. hat diese Beschwerde zurückgewiesen.

Auch die weitere Beschwerde ist vom Kammergerichte zurückgewiesen worden aus folgenden Gründen:

Es handelt sich hier um die Löschung von Eintragungen im Handelsregister wegen mangels einer wesentlichen Voraussetzung (nämlich des Bestehens der angemeldeten Gesellschaft), welche auf Grund des § 142 FG. vom Registergericht und nach § 143 von dem ihm im Instanzenzuge vorgeordneten Landgerichte vorgenommen werden kann, sowie um ein Einschreiten des Registergerichts zur Wiederherstellung oder abermaligen Eintragung zu Unrecht gelöschter Eintragungen gemäß § 132 FG. und § 14 HGB. Wenn auch das Gesetz in beiden Fällen wohl in erster Reihe ein Einschreiten der Gerichte von Amts wegen im Auge hat, so können doch Dritte ihnen durch Stellung von Anträgen dazu Anregung geben (zu vergl. RJA. 5, 171). Daraus folgt aber noch nicht, daß diese auch im Falle der Ablehnung ihrer Anträge ein Beschwerderecht haben. Auch ein bloßes rechtliches Interesse an der Durchsetzung ihrer Anträge reicht dazu nicht aus; vielmehr sind sie lediglich nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften des § 20 und des § 29 Abs. 4 FG. beschwerdeberechtigt, also nur für den Fall, daß eine Beeinträchtigung eines ihnen zustehenden Rechtes (eines Firmen-, Namens- oder sonstigen Rechtes) durch die fragliche Eintragung oder Löschung erfolgt ist. Ein Namens- oder Firmenrecht der Beschwerdeführerin steht hier nicht in Frage. Sie gründet ihren Anspruch auf Vornahme der betreffenden Löschungen und Eintragungen im Handelsregister in bezug auf die Firmen Paul K. und Paul K. & Co. vielmehr allein darauf, daß sie Gläubigerin der ersteren Firma sei und daß ihr durch die Beseitigung der früheren Eintragungen sowie Bewirkung der neuen Eintragungen die Beitreibung ihrer Forderungen von ihrer Schuldnerin im Wege der Zwangsvollstreckung erschwert werde. Ein allgemeines Recht des Gläubigers, seinem Schuldner die Herbeiführung einer Aenderung seiner im Handelsregister eingetragenen Firmenverhältnisse zu untersagen oder ihn zu deren Regelung in gewisser Weise zu nötigen, je nachdem ihm dadurch die Verwirklichung seines Forderungsrechts erschwert oder aber erleichtert wird, ist jedoch nicht anzuerkennen. Er hat wohl bei seinem Vorgehen gegen den Schuldner ein rechtliches Interesse daran, daß der Stand des Handelsregisters der Wahrheit entspricht und ihm nicht durch eine Verschleierung der wirklichen firmenrechtlichen Verhältnisse bei der Zwangsvollstreckung Schwierigkeiten entstehen; ein unmittelbares Recht auf Richtigstellung des Handelsregisters ist ihm aber im Gesetze nirgends eingeräumt. Eine andere hier nicht maßgebende Frage ist die, ob und in welcher Weise er seinen Anspruch im Prozeßwege durchsetzen und die seiner Zwangsvollstreckung bereiteten Hindernisse beseitigen

Digitized by Google

kann. Die Möglichkeit der Ausbringung einer Mobiliarzwangsvollstreckung im Geschäftslokale der früheren Firma Paul K., welche jetzt durch die dort erfolgte Anbringung der Firma Paul K. & Co. tatsächlich vereitelt worden ist, hat übrigens mit der Eintragung dieser Firma im Handelsregister als solcher nichts zu tun; sie hängt nicht vom Stande des Handelsregisters, sondern von den betreffenden Besitzverhältnissen ab (§ 808 Abs. 1 ZPO.). Hiernach war das Beschwerderecht der Firma Ko. & Co. auf Grund ihres Forderungsrechts zu verneinen. Josef will allerdings die Beschwerdebefugnis, wie es scheint, ganz allgemein auf Grund des Rechtes des Gläubigers einer Handelsgesellschaft gewähren, wenn diese im Register zu Unrecht als erloschen bezeichnet ist und das Registergericht den Antrag des Gläubigers auf Berichtigung dieser Eintragung (§ 142) zurückweist (Anm. 2 A i zu § 20, Anm. 8 zu § 142). Er beruft sich hierfür auf den Beschluß des Kammergerichts vom 9. Juli 1904 (OLGRspr. 9, 248). Der dort entschiedene Fall lag jedoch anders als der jetzige. Dort hatte der Beschwerdeführer ein besonderes vertragsmäßiges Recht darauf, daß die gelöschte Firma nicht vorzeitig gelöscht werde; hier aber handelt es sich um das bloße Gläubigerrecht der Beschwerdeführerin, welchem nach den vorstehenden Ausführungen die gleiche Wirkung nicht beizumessen ist. Hiernach würden in einem solchen Falle zwar wohl die Organe des Handelsstandes gemäß § 126 FG. im öffentlichen Interesse die Richtigstellung des Handelsregisters im Beschwerdewege durchsetzen können, der einzelne Privatgläubiger ist dagegen dazu nicht befugt.

Befugnis der Handwerkskammer zur Einlegung der Beschwerde gegen eine Eintragung im Handelsregister, durch welche einem Handwerker fälschlich der Meistertitel beigelegt wird.

§ 20 FG. §§ 103, 133 GewO.

Kammergericht Berlin, 3. Mai 1906. — Bd. 7 S. 194.

Nach dem Inhalte des Protokolls vom 3. Januar 1906 haben der Kaufmann E. in R. und der Schreinermeister J. in H. vor dem Gerichtsschreiber des Amtsgerichts zu K. zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, daß sie unter der Firma „J. und E." in H. eine Möbelfabrik betreiben. Die Firma ist antragsgemäß in das Handelsregister eingetragen worden; dabei sind die Inhaber, wie angegeben, also J. als Schreinermeister, bezeichnet worden. Es sind auch die entsprechenden Bekanntmachungen erfolgt. Die Handwerkskammer zu W. erachtet den J. nicht für berechtigt, den Meistertitel zu führen, zumal er erst am 22. Oktober 1882 geboren, also noch nicht 24 Jahre alt sei (§§ 133, 129 der GewO.). Die Handwerkskammer beim Amtsgerichte zu K. hat die Berichtigung des Handelsregisters beantragt.

Das Amtsgericht hat den Antrag abgelehnt. Das Landgericht hat die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluß hat die Handwerkskammer weitere Beschwerde eingelegt.

Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht die Sache unter Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen an das Amtsgericht zurückverwiesen aus folgenden Gründen:

Die weitere Beschwerde ist von der Handwerkskammer, einer Behörde,

Digitized by Google

gemäß § 29 FG. formgerecht angebracht; sie ist auch an sich gegen einen Beschluß der vorliegenden Art zulässig. Ihre Zulässigkeit im gegebenen Falle hängt davon ab, daß der Handwerkskammer ein Beschwerderecht zusteht. Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, daß letzteres dadurch bedingt wird, daß durch die ergangene Entscheidung ein Recht der Beschwerdeführerin beeinträchtigt wird. Das gekränkte Recht kann sowohl ein privates wie ein öffentliches Recht sein (RJA. 2, 10; 2, 17). Zutreffend hat das Landgericht ferner die Verletzung eines Privatrechts der Handwerkskammer und deren Eigenschaft als Organ des Handelsstandes im Sinne des § 126 Abs. 1 FG. verneint. Die Zuständigkeit der Handwerkskammern ist nach § 103 Abs. 1 der GewO. auf die Vertretung der Interessen des Handwerkes beschränkt, während die Wahrnehmung derjenigen des Handelsstandes nach Maßgabe des Handelskammergesetzes lediglich den Handelskammern und kaufmännischen Körperschaften verblieben ist. Aus § 126 FG. kann also für die Handwerkskammern ein allgemeines Recht auf Verhütung unrichtiger Eintragungen sowie auf Berichtigung und Vervollständigung des Handelsregisters, wie es den Handelskammern zusteht, nicht hergeleitet werden; aber auch sonst ist ihnen eine derartige Befugnis zur Einwirkung auf das Handelsregister nirgends beigelegt, insbesondere nicht in den sie behandelnden §§ 103 ff. GewO. Ein allgemeines Recht der Handwerkskammern auf Ueberwachung und Richtigstellung des Handelsregisters ist demnach zu verneinen und somit auch ein entsprechendes Beschwerderecht.

Hierdurch wird indes nicht ausgeschlossen, daß der Handwerkskammer in dem vorliegenden Falle zufolge der Beeinträchtigung eines ihr zustehenden besonderen Rechtes die Befugnis zur Beschwerde zuzubilligen ist (zu vergl. RJA. 7, 122). Ein solches ist aber in dem ihr beigelegten Rechte auf den Schutz des Handwerksmeistertitels (d. h. des Meistertitels in Verbindung mit der Bezeichnung eines Handwerkers) zu finden. Diesen Titel dürfen nach § 133 Abs. 1 nur Handwerker führen, wenn sie in ihrem Gewerbe die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen erworben (§ 129) und die Meisterprüfung bestanden haben. Die Errichtung der betreffenden Prüfungskommissionen erfolgt nach Anhörung der Handwerkskammer durch Verfügung der höheren Verwaltungsbehörde (§ 133 Abs. 2). Das Verfahren vor der Prüfungskommission, der Gang der Prüfung und die Höhe der Prüfungsgebühren werden durch eine von der Handwerkskammer mit Genehmigung der Landeszentralbehörde zu erlassende Prüfungsordnung geregelt (Abs. 4). Die Kosten der Prüfungskommissionen fallen der Handwerkskammer zur Last, welcher die Prüfungsgebühren zufließen (Abs. 5). Diese und die weiteren Vorschriften des § 133 zielen offensichtlich auf den Schutz des Meistertitels ab. Vergl. auch die Begründung zum Entwurfe des Gesetzes, betreffend die Abänderung der GewO. (Handwerkergesetz) vom 26. Juli 1897 (Druckf. des Reichstags, Session 1896/97 Nr. 713 Anl. Bd. 6 S. 3787) und den Bericht der 8. Kommission (Druckf. des Reichstags, Session 1896/97 Nr. 819 Anl. Bd. 7, S. 4270).

Ferner ist aber auch anzunehmen, daß den Handwerkskammern als Organen des Handwerkes die Ausübung dieses Schutzes obliegt, daß sie also das Recht und die Pflicht haben, die gesetzlichen Vorschriften über die Führung des Meistertitels im Interesse des Handwerkes zur praktischen Durchführung zu bringen. Nach § 103 Abs. 1 sind die Handwerkskammern „zur Vertretung der Interessen des Handwerkes ihres Bezirkes" errichtet. Innerhalb

Digitized by Google

dieser allgemeinen Aufgabe sind sie noch besonders für befugt erklärt (§ 103e Abs. 3), „Veranstaltungen zur Förderung der gewerblichen, technischen und sittlichen Ausbildung der Meister, Gesellen (Gehilfen) und Lehrlinge zu treffen, sowie Fachschulen zu errichten und zu unterstützen". Dazu kommen die bereits erwähnten Vorschriften des § 133, durch welche die Gestaltung der Meisterprüfungen hauptsächlich in die Hände der Handwerkskammern gelegt ist. Hiernach würde man aber auf halbem Wege stehen bleiben, wenn man den Handwerkskammern zwar die Aufgabe stellen wollte, durch ihre Veranstaltungen tüchtige Handwerksmeister heranzubilden, ihnen aber gleichzeitig die Mittel versagen würde, diese in der Führung ihres Meistertitels auch nach außen hin zu schützen. Gegen eine solche enge Auffassung spricht auch die bereits erwähnte Begründung (a. a. O. 3785).

Daß man dabei den Handwerkskammern auch nach außen hin wirksame Befugnisse einräumen wollte, geht namentlich noch aus § 103n Abs. 2 hervor, sowie aus § 103p.

Nach alledem erscheinen die Handwerkskammern für ihre Bezirke berufen, den gesetzlichen Schutz des Handwerksmeistertitels nach außen hin in umfassender Weise als ein öffentliches Recht auszuüben; und zwar auch in solchen Beziehungen, für welche es an einer besonderen Einzelvorschrift fehlt, weil ihr Recht dazu aus der allgemeinen Vorschrift des § 103 Abs. 1 in Verbindung mit der klar erhellenden Absicht des Gesetzes hervorgeht, den guten alten Meistertitel wieder allseitig in Ehren zu bringen. Hierzu gehört aber namentlich auch ihre Befugnis, bei Gerichten und anderen Behörden Anträge und Beschwerden anzubringen, welche darauf abzielen, daß Handwerker nicht unbefugt den Meistertitel führen oder von den Behörden zu Unrecht beigelegt erhalten. Letzteres ist um deswillen von erheblicher Wichtigkeit, weil in einem solchen Falle einerseits die Strafvorschrift des § 148 Nr. 9c gegenüber dem Handwerker selbst versagt und andererseits die amtliche Bezeichnung eines Handwerkers mit dem Meistertitel (namentlich in öffentlichen Bekanntmachungen) besonders leicht geeignet ist, die Interessen des Handwerkes zu schädigen. Wenn nun die Handwerkskammer dagegen einschreitet, so handelt sie in Ausübung ihres öffentlichen Rechtes auf Schutz des Handwerksmeistertitels. So würde sie für den Fall, daß die Staatsanwaltschaft gegen einen Handwerker ein Vorgehen wegen unbefugter Führung dieses Titels aus § 148 Nr. 9c ablehnen würde, als Verletzte die im § 170 StPO. gegebenen Rechtsmittel einlegen können, weil sie in diesem ihrem Rechte gekränkt ist. Danach wird man ihr aber auch gegenüber dem Registergericht eine entsprechende Befugnis zur Stellung von Anträgen und zur Einlegung von Beschwerden geben müssen, wenn einem Handwerker bei einer Eintragung im Handelsregister fälschlicherweise der Meistertitel beigelegt worden ist, sei es nun, daß er sich selbst bei der Anmeldung unbefugt so bezeichnete oder versehentlich so benannt wurde; denn in jedem Falle wird dadurch ihr Recht auf Schutz des Meistertitels beeinträchtigt.

Die Sache liegt hier gleichartig wie beim Heroldsamte, welchem vom Kammergerichte auf Grund seiner Befugnis, gegen eine unbefugte Führung des Adels einzuschreiten, ein Antrags- und Beschwerderecht wegen unrichtiger Eintragung eines Adelsprädikats im Grundbuche zugesprochen wurde. Sie liegt dagegen anders als in dem Falle (RJA. 2, 17), wo das Beschwerderecht einer Zwangsinnung gegen eine Entscheidung des Registergerichts wegen

Digitized by Google

Unterlassung des Gebrauchs einer eingetragenen Firma verneint wurde, weil ihr nicht das Recht zustehe, darüber zu wachen, daß das Handelsregister dem Gesetz entspreche. Damals wurde von der Innung der Firmenzusatz „Kleiderfabrik" für unzulässig erklärt und seine Beseitigung verlangt. Sie mochte wohl ein Interesse an dieser Aenderung haben, ein Recht darauf hatte sie nicht, weil es sich um die sachliche Richtigkeit einer Eintragung im Handelsregister handelte, mit deren Ueberwachung sie, ebensowenig wie die Handwerkskammer, etwas zu schaffen hat. Auch der letzteren ist grundsätzlich die Befugnis abzusprechen, mit Beschwerden eine Einwirkung auf den materiell-rechtlichen Inhalt der Registereintragungen und auf die dort verzeichneten handelsrechtlichen Verhältnisse der Beteiligten auszuüben. Beispielsweise würde der Umstand, daß ein kleingewerblicher Betrieb in das Handelsregister eingetragen worden ist, ihr nicht das Recht geben, die Löschung oder die Untersagung des Gebrauchs der eingetragenen Firma im Beschwerdewege zu betreiben. Auf einem ganz anderen Gebiete liegen dagegen die Eintragung eines Firmeninhabers als Handwerksmeister und deren Anfechtung. Die Löschung dieser Bezeichnung hat mit der materiellen Richtigkeit der Eintragungen im Handelsregister nichts zu tun und läßt ihre Rechtswirksamkeit durchaus unberührt. Sie betrifft lediglich eine persönliche Eigenschaft des Eingetragenen, nicht aber seine dort beurkundeten Rechtsverhältnisse. Dieses singuläre, auf einer besonderen öffentlich rechtlichen Grundlage beruhende Beschwerderecht der Handwerkskammer zum Schutze des Meisterrechts ist also mit dem Grundsatze, daß ihr in Handelssachen ein allgemeines Beschwerderecht nicht zusteht, sehr wohl vereinbar.

Demgemäß waren die Entscheidungen der Vorinstanzen, welche das Antrags- und Beschwerderecht der Handwerkskammer rechtsirrtümlich verneint haben, aufzuheben und die Sache an das Amtsgericht zurückzuverweisen, damit es in eine wiederholte Prüfung der Sache eintritt und eine sachliche Entscheidung trifft.

Unzulässigkeit der Verlängerung der Dauer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach dem Eintritte des im Gesellschaftsvertrage für die Beendigung der Gesellschaft bestimmten Zeitpunkts.

§ 60 GmbH.

Kammergericht Berlin, 10. Mai 1906. — Bd. 7 S. 209.

Im § 3 des Gesellschaftsvertrags der „B.er Stadtbrauerei A. L. & Co., Gesellschaft mit beschränkter Haftung", ist bestimmt, daß die Gesellschaft mit dem 30. September 1905 endigt. Durch notariell beglaubigtes Schriftstück vom 26. Februar 1906 haben D. u. G., indem sie drei notarielle Verhandlungen vom Januar 1906 überreichten, unter der Bezeichnung als Geschäftsführer der Gesellschaft die in diesen Verhandlungen enthaltenen Abänderungen des Gesellschaftsvertrags zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Es handelt sich insbesondere um die Fortsetzung der Gesellschaft über den 30. September 1905 hinaus, welche nach Inhalt der Verhandlungen bereits vor Ablauf des Gesellschaftsvertrags am 29. September 1905 zwischen den damaligen Gesellschaftern vereinbart sein soll und nunmehr in notarieller Form bestätigt wird, ferner um eine Aenderung der Firma und um eine Erhöhung des Stammkapitals. Gleichzeitig meldeten sie ihre Bestellung als Geschäftsführer der Gesellschaft auf Grund jener Urkunden zur Eintragung an.

Digitized by Google

Das Amtsgericht hat die beantragten Eintragungen abgelehnt und das Landgericht die Beschwerde der Antragsteller als unbegründet zurückgewiesen. Auch der weiteren Beschwerde ist vom Kammergericht der Erfolg versagt worden, und zwar aus folgenden Gründen:

Wenn die Beschwerdeführer im allgemeinen und insbesondere in bezug auf die Auflösung und Liquidation die sinngemäße Uebertragung der Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs von den offenen Handelsgesellschaften auf die Gesellschaften mit beschränkter Haftung verlangen, so verkennen sie damit den rechtlichen Charakter der letzteren. In der Begründung zu dem Gesetzentwurfe GmbH. ist klar ausgesprochen worden, daß diese neue Gesellschaft keine streng individualistische Gesellschaftsform nach Art der offenen Handelsgesellschaft erhalten solle: „Es ist vielmehr davon auszugehen, daß die Gesellschaft ohne Rücksicht auf die Zahl ihrer Mitglieder stets einen rechtlich selbständigen Organismus bilden muß. Insoweit ist daher bei der Konstruktion der Gesellschaft von derselben allgemeinen Grundlage auszugehen, wie bei der Aktiengesellschaft." Nicht an die offene Handelsgesellschaft, sondern an die Aktiengesellschaft ist also die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in ihrer rechtlichen Konstruktion angelehnt. Die Grundprinzipien der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind dementsprechend auch anerkanntermaßen die gleichen wie die der Aktiengesellschaft.

Was hier im allgemeinen gesagt ist, gilt aber ganz besonders von den Vorschriften über die Auflösung und Liquidation beider Arten von Gesellschaften. In dieser Beziehung wird in der erwähnten Begründung gesagt: „In den Fällen der Auflösung außer dem Konkurse muß die Liquidation der Gesellschaft eintreten (§§ 66 bis 74). Für die Regelung derselben kommen im wesentlichen die gleichen Gesichtspunkte in Betracht wie bei den Aktiengesellschaften und Genossenschaften. Die Vorschriften des Entwurfs stimmen daher in der Hauptsache mit den bezüglichen Vorschriften in den Artikeln 244, 244a, 245 des Aktiengesetzes und in dem § 81 des Genossenschaftsgesetzes überein." In dieser Beziehung hat sich aber in dem verwandtschaftlichen Verhältnisse beider Gesellschaften zueinander durch die Erlassung des neuen Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897 nichts geändert (zu vergl. §§ 292 ff. HGB., § 60 ff. GmbH.) Bei den bezüglichen Abweichungen von dem alten Handelsgesetzbuche handelt es sich um Fassungsänderungen.

Gerade in bezug auf die rechtlichen Wirkungen der Auflösung durch den Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit stehen und standen aber von jeher Aktiengesellschaft (§ 292 Nr. 1, früher Art. 242 Nr. 1) und offene Handelsgesellschaft (§ 131 Nr. 1, § 134, früher Art. 123 Nr. 5) unter sehr verschiedenen Regeln. Während bei der letzteren eine stillschweigende Fortsetzung nach dem Ablaufe der für ihre Dauer bestimmten Zeit im § 134 ausdrücklich zugelassen ist, gibt es eine solche bei der Aktiengesellschaft nicht; sie muß vielmehr alsdann in Liquidation gehen (§ 294). Die im Gesellschaftsvertrage getroffene Bestimmung über ihre Zeitdauer hat die Wirkung, daß sie mit dem Ablaufe der Zeit von selbst aufgelöst wird (ROHG. 14, 366). Nun ist es zwar zulässig, daß die Generalversammlung vor Ablauf des Gesellschaftsvertrags gemäß §§ 274, 275 HGB. eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages dahin beschließt, daß die Gesellschaft über diesen Zeitpunkt hinaus fortgesetzt wird. Das ist aber nur möglich während der Zeit ihres Bestehens,

Digitized by Google

also nicht mehr, nachdem ihre Auflösung von Rechts wegen eingetreten ist. Nach Ablauf der bestimmten Zeit würde sich ein entsprechender wirtschaftlicher Erfolg nur durch eine Neugründung erzielen lassen. Das gilt auch für die sonstigen Fälle der Auflösung der Aktiengesellschaft, abgesehen von den im § 307 gemachten Ausnahmen. In der Denkschrift wird zu dieser Vorschrift bemerkt: „Der § 298 Abs. 1 (jetzt § 307 Abs. 1) betrifft den Fall, daß eine Aktiengesellschaft durch Beschluß der Generalversammlung zum Zwecke der Veräußerung ihres Vermögens im ganzen oder zum Zwecke der Umwandlung in eine andere Gesellschaft aufgelöst worden ist, der beabsichtigte Zweck aber demnächst nicht erreicht wird. Ohne eine ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes wäre in einem solchen Falle die Möglichkeit nicht gegeben, den einmal gefaßten Auflösungsbeschluß und die mit ihm verbundenen Rechtswirkungen durch einen neuen Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung wieder zu beseitigen." Darin liegt eine klare Anerkennung der Regel, daß die Auflösung der Aktiengesellschaft als solche grundsätzlich eine endgültige ist. Eine Wiederbelebung der aufgelösten Gesellschaft ist danach so wenig möglich, wie diejenige einer physischen Person nach ihrem Tode. Ihre produktive Fortwirkung hat mit dem Augenblick ihrer Auflösung jeden rechtlichen Boden verloren. Damit ist wohl vereinbar, daß sie als Liquidationsgesellschaft weiterbesteht. Die letztere setzt dann die Persönlichkeit der Aktiengesellschaft unmittelbar fort, aber nicht mehr zu produktiven Zwecken, sondern lediglich zur Erfüllung der Liquidationsaufgabe. Die Beschaffenheit der für die aufgelöste Aktiengesellschaft noch zu erfüllenden Aufgaben ist aber in diesem Stadium auch für die rechtlichen Befugnisse ihrer Organe maßgebend, so daß diese darüber hinaus nicht mehr mit Rechtswirksamkeit für sie tätig sein können (§§ 294 ff. HGB.).

Die gleichen Grundsätze gelten aber auch für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Durch den Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit wird sie von selbst endgültig aufgelöst (§ 60 Nr. 1). Eine stillschweigende Verlängerung der Gesellschaft ist ausgeschlossen; sie muß liquidieren (§ 66). Wenn die Gesellschafter die Gesellschaft über die im Gesellschaftsvertrage bestimmte Zeit hinaus fortsetzen wollen, so müssen sie dies in gehöriger Weise beschließen, bevor die Auflösung der Gesellschaft eingetreten ist. Da es sich dabei um eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags handelt, so muß der betreffende Beschluß den Anforderungen des § 53 Abs. 2 entsprechen, insbesondere vor Auflösung der Gesellschaft gerichtlich oder notariell beurkundet werden; eine mündliche Vereinbarung der Gesellschafter (wie sie hier behauptet wird) genügt also nicht. Die einmal aufgelöste Gesellschaft kann aber auch nicht wieder ins Leben treten; die Ausnahme des § 60 Nr. 4 für den Fall des Konkurses kann nicht auf andere Fälle übertragen werden. Eine spätere Beschlußfassung der Gesellschafter ist nicht mehr geeignet, die bereits aufgelöste Gesellschaft wieder ins Leben zu rufen; denn sie bilden jetzt nicht mehr die Gesellschafterversammlung mit der bisherigen Zuständigkeit gemäß §§ 45 ff., 53, vielmehr können sie in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der früheren, nunmehr aufgelösten Gesellschaft nur noch die dem Wesen der Liquidation entsprechenden Beschlüsse nach Maßgabe der §§ 69 ff. fassen. Die Gesellschafter sind infolgedessen nicht befugt, jetzt noch einen Beschluß auf Abänderung des Gesellschaftsvertrags zu fassen, welcher als Grundlage für die Fortsetzung der Gesellschaft und ihrer produktiven Tätigkeit über den im Vertrag vorgesehenen Zeitpunkt hinaus dienen

Digitized by Google

soll; denn durch die Fassung eines solchen Beschlusses würden sie die Tätigkeit der Liquidationsgesellschaft neuen Aufgaben zuwenden, welche außerhalb des von ihr allein zu verfolgenden Liquidationszwecks liegen würden, und damit ihre sachliche Zuständigkeit in unzulässiger Weise überschreiten. Die Gesellschaftervereinigung ist auch jetzt nicht mehr befähigt, Geschäftsführer im gesetzlichen Sinne mit der Aufgabe der Weiterführung der Geschäfte der Gesellschaft mit dem früheren produktiven Zwecke und der für solche vorgesehenen Vertretungsbefugnis (§§ 35 ff.) zu bestellen; vielmehr können sie als Organ der Liquidationsgesellschaft nur noch Liquidatoren zur Erfüllung des Liquidationszwecks mit den dazu erforderlichen Befugnissen wählen. Die im Widerspruche mit dem Gesetz als Geschäftsführer der Gesellschaft gewählten Personen können das Amt als solche mit rechtlicher Wirksamkeit nicht antreten; denn dieses Amt existiert bei der Liquidationsgesellschaft gar nicht mehr. Ob in ihrer Wahl mittelbar ihre Bestellung zu Liquidatoren zu finden ist, wird auf die Umstände des einzelnen Falles ankommen und braucht hier nicht entschieden zu werden. Jedenfalls stehen ihnen nicht die gesetzlichen Befugnisse von Geschäftsführern zu; insbesondere haben sie nicht die gesetzliche Vertretungsbefugnis nach außen hin mit den Rechten solcher (RG. 44, 82, Staub, Anm. 15 zu § 70). Es fehlt ihnen also auch die Legitimation zur Bewirkung von Anmeldungen beim Registergerichte, welche sich nicht innerhalb des eng begrenzten Rahmens des Liquidationszwecks halten. Dieser wird aber zweifellos überschritten durch die Anmeldung einer Aenderung des Gesellschaftsvertrags behufs Fortsetzung der Gesellschaft, Erhöhung des Stammkapitals und Aenderung der Firma zwecks weiterer produktiver Tätigkeit sowie auch durch ihre Anmeldung als Geschäftsführer im gesetzlichen Sinne.

Davon, daß das am 29. September 1905 in ungenügender Form getroffene und deshalb nichtige Abkommen über die Fortsetzung der Gesellschaft durch seine spätere formgerechte Bestätigung vom Januar 1906 rechtswirksam geworden sei, kann keine Rede sei; denn die letztere hatte keine rückwirkende Kraft; sie war nicht nach den Verhältnissen vom September 1905, sondern als erneute Vornahme des Rechtsgeschäfts nach den im Januar 1906 gegebenen Voraussetzungen zu beurteilen (§§ 125, 141 BGB.); als solche war sie aber nach den vorstehenden Erörterungen ohne Rechtswirksamkeit.

Auflassung eines Nachlaßgrundstücks durch einen von den Beschränkungen seines Verfügungsrechts befreiten Vorerben an einen seiner Miterben. Statthaftigkeit der Auflassung ohne die Zustimmung des Nacherben oder die vorgängige Eintragung des Vorerben und des Rechtes des Nacherben, sofern die Veräußerung des Grundstücks in Ausführung einer letztwilligen Anordnung des Erblassers erfolgt ist.

§§ 40, 41, 52 GBO. § 2048 BGB.

Oberlandesgericht Stuttgart, 19. April 1906. — Bd. 7 S. 221.

Die am 25. Oktober 1905 zu S. verstorbene Witwe H. hat ein Testament vom 14. August 1891 und ein solches vom 18. Oktober 1897 hinterlassen, wonach ihre Erben sein sollten:

1. ihre beiden Enkel Theodor und Hermann T. je zu $^1/_4$,
2. ihre Tochter Hedwig H. zur Hälfte.

Die Erbschaft der beiden Enkel ist zugunsten verschiedener Personen

Digitized by Google

fideikommissarisch beschwert, Sicherheitsleistung ist erlassen. Ferner ist in dem zweiten Testamente der Hedwig H. das Recht eingeräumt, das Nachlaßgrundstück Haus Nr. 79 A der A.-Straße in St. um die Summe von 95 000 Mark pfandfrei zu übernehmen. Von diesem Rechte hat die Hedwig H. Gebrauch gemacht, und es wurde am 12. Dezember 1905 ein dementsprechender Auseinandersetzungsvertrag zwischen den Erben vor dem Notar S. abgeschlossen, wobei zugleich bestimmt wurde, daß die Hedwig H. dem Neffen Theodor T. für dessen Gleichstellungsforderung von 21 000 Mark eine Hypothek auf dem von ihr übernommenen Hause zu bestellen habe. Dieser Erbteilungsvertrag wurde (da Hermann T. minderjährig ist) von dem Vormundschaftsgerichte St. genehmigt. Der von den Erben bevollmächtigte Oe. hat hierauf am 31. Januar 1906 vor dem Grundbuchamte St. die Auflassung des Hauses A.-Straße 79 A, soweit dieses dem Theodor und Hermann T. gehörte, an die Hedwig H. erklärt. Sein gleichzeitig gestellter Antrag aber, die Hedwig H. nunmehr als Eigentümerin des Hauses im Grundbuch einzutragen, wurde vom Grundbuchamte zurückgewiesen, weil Nacherbschaft angeordnet und die Einwilligung der Nacherben in die Veräußerung des Nachlaßgrundstücks nicht vorliege, auch ein Antrag auf Eintragung der beiden Vorerben T. unter gleichzeitiger Eintragung des Rechtes der Nacherben nicht gestellt, unter diesen Umständen aber eine Eintragung der Hedwig H. als Eigentümerin nicht zulässig sei. Diese Verfügung wurde auf die von Oe. eingelegten Beschwerden vom Amtsgerichte St. mit Beschluß vom 13. März 1906 und vom Landgerichte mit dem jetzt angefochtenen Beschlusse vom 19. April 1906 gebilligt. Auf die weitere Beschwerde hat das Oberlandesgericht St. unter Aufhebung der Vorentscheidungen das Grundbuchamt angewiesen, die beantragte Eintragung der Hedwig H. als Eigentümerin vorzunehmen. Die Gründe lauten:

Die Entscheidungen der Vorinstanzen gehen davon aus, daß nach herrschender Ansicht auch bei befreiter Vorerbschaft die Veräußerung eines Nachlaßgrundstücks durch den Vorerben ohne Zustimmung des Nacherben im Grundbuche nur in der Weise vollzogen werden kann, daß der Grundbuchbeamte zunächst den Vorerben gemäß § 40 GBO. als Eigentümmer, zugleich aber gemäß § 52 GBO. das Recht des Nacherben einträgt und daß er hierauf das Grundstück samt dem die Nacherbfolge betreffenden Belastungsvermerk in das Heft des Erwerbers überträgt. Dieser vom Reichsgericht (RJA. 6, 140) aufgestellte Grundsatz wird darauf gestützt, daß selbst bei befreiter Vorerbschaft durch eine anscheinend entgeltliche Veräußerung unter Umständen das Recht des Nacherben beeinträchtigt werden kann und daß der Grundbuchrichter auf Grund der im Grundbuchverfahren zulässigen Beweismittel regelmäßig nicht mit Sicherheit feststellen könne, ob eine solche Beeinträchtigung zu befürchten sei oder nicht.

Indem das Landgericht in seinem angefochtenen Beschlusse jenen für den Regelfall einer auf freier Entschließung des Vorerben beruhenden Veräußerung aufgestellten Grundsatz auch im gegenwärtigen Falle anwendet, geht es fehl. Dieser Fall liegt nämlich insofern eigenartig, als die Erblasserin selbst in der letztwilligen Verfügung, in der sie die Nacherbschaft angeordnet hat, zugleich auch der Erbin Hedwig H. ein Recht auf Uebernahme des Nachlaßgrundstücks eingeräumt hat. Damit hat sie den beiden anderen Erben T. zur Pflicht gemacht, der Hedwig H., sobald diese von jenem Rechte Gebrauch macht, das Grundstück zu übereignen. Bei einer solchen, lediglich in der Ausführung

Digitized by Google

der maßgebenden Willensverordnung der Erblasserin bestehenden, Veräußerung kann aber davon nicht die Rede sein, daß das Recht der Nacherben dadurch beeinträchtigt werden könnte. Denn es handelt sich nicht bloß um einen Fall befreiter Vorerbschaft, sondern darum, daß die Erblasserin bestimmt hat, das Nachlaßgrundstück solle, wenn die Hedwig H. es zu übernehmen wünsche, nicht den Vorerben T. verbleiben, also auch nicht auf deren Nacherben übergehen, vielmehr solle in diesem Falle die von der Hedwig H. zu zahlende Summe von 95 000 Mark an die Stelle des Grundstücks treten. Freilich hatte diese Bestimmung keine unmittelbar dingliche Wirkung, es bedurfte vielmehr zu ihrem Vollzuge noch eines Veräußerungsvertrags zwischen den Beteiligten; aber dieser Veräußerungsvertrag entsprach der Willensverordnung der Erblasserin, die zwar die Vorerben nicht allgemein zu unentgeltlichen Verfügungen über Erbschaftsgegenstände ermächtigten konnte (BGB. § 2113 Abs. 2, § 2136), der es aber frei stand, von sich aus (zu vergl. § 2048 BGB.) über die Zuteilung einzelner Nachlaßgegenstände bei der Auseinandersetzung Anordnungen zu treffen, die selbstverständlich auch für die von ihr eingesetzten Nacherben maßgebend sein müssen.

Daß aber die Veräußerung des Hauses an die Hedwig H. der Anordnung der Erblasserin entsprach, war dem Grundbuchbeamten durch die ihm vorgelegten öffentlichen Urkunden klar nachgewiesen. Er konnte hiernach mit Sicherheit feststellen, daß die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Rechtes der Nacherben nicht vorliegt; daß er hiernach die beantragte Eintragung vornehmen durfte, ist auch auf Grund der Entscheidung des Reichsgerichts anzunehmen, die immerhin für Ausnahmefälle die Führnng eines solchen Nachweises nach § 29 GBO. nicht ausschließt. Es ist nicht abzusehen, weshalb in einem Falle der hier vorliegenden besonderen Art zunächst ein nicht begründetes Anrecht der Nacherben auf das Nachlaßgrundstück durch Eintrag im Grundbuche geschützt und die Eigentümerin Hedwig H. auf das Berichtigungsverfahren verwiesen werden sollte, das doch wieder zur Streichung des auf die Nacherbfolge bezüglichen Vermerkes führen müßte. Vielmehr ist hier auch schon der Grundbuchbeamte in der Lage, die Unbedenklichkeit einer die Nacherbfolge nicht berücksichtigenden Eintragung zu erkennen.

Eintragung einer Zwangshypothek auf dem Grundstück eines unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes. Zulässigkeit der Eintragung auf Grund der vollstreckbaren Ausfertigung einer von dem Gewalthaber im Namen des Kindes ausgestellten notariellen Schuldurkunde, ohne daß es des Nachweises der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu der Erklärung des Gewalthabers bedarf, durch welche sich das Kind der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft.

§ 794 Nr. 5, § 866 ZPO., § 1643 Abs. 1, § 1821 Nr. 1, 3 BGB.

Kammergericht Berlin, 26. April 1906. — Bd. 7 S. 224.

Die vier minderjährigen Kinder des Glasermeisters B. in L. sind je zu $^1/_4$ eingetragene Eigentümer eines Grundstücks in L. Zum Protokolle des Notars R. vom 5. Dezember 1905 gab B. folgende Erklärung ab:

Meine vier minderjährigen Kinder B. verschulden dem Schlossermeister B. in N. für in diesem Jahre gelieferte Waren und Baumaterialien,

Digitized by Google

sowie für gefertigte Bauarbeiten als Gesamtschuldner den fälligen Betrag von 2000 M. Indem ich dies als gesetzlicher Vertreter meiner genannten vier Kinder hiermit ausdrücklich anerkenne, unterwerfe ich meine Kinder und Schuldner zur Vermeidung der Klage wegen dieser 2000 M. der sofortigen Zwangsvollstreckung gemäß § 794 Nr. 5 ZPO., beantrage auch die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung dieser Verhandlung für den Gläubiger B.

Dieses Protokoll fertigte der Notar unter dem 6. Dezember 1905 für den Schlossermeister B. in N. zum Zwecke der Zwangsvollstreckung aus. Unter dem 19. Dezember 1905 reichte B. die Ausfertigung des Protokolls nebst Zustellungsurkunde dem Amtsgericht in H. mit dem Antrag ein, in Höhe seiner Forderung von 2000 M. eine Sicherungshypothek auf das Grundstück der vier Kinder einzutragen. Das Amtsgericht eröffnete ihm, daß dem Antrag erst nach Beibringung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu der Urkunde vom 5. Dezember 1905 stattgegeben werden könne; der Vater könne seine Kinder durch eine Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung nur insoweit verpflichten, als er dazu durch rechtsgeschäftliche Verfügung berechtigt sei; die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung sei deshalb, soweit sie die Eingehung einer Verpflichtung zur Belastung des Grundstücks der Kinder enthalte, nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verbindlich (§§ 1643, 1821 Nr. 1, 3 BGB.). Zugleich bestimmte es ihm zur Beschaffung des Nachweises der Genehmigung eine Frist von vier Wochen. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde vom Landgerichte zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht die Sache zur anderweitigen Erörterung und zur Entscheidung unter Abstandnahme von dem bisherigen Bedenken an das Amtsgericht zurückverwiesen aus folgenden Gründen:

Nach § 866 ZPO. erfolgt die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück wegen einer Geldforderung außer durch Zwangsversteigerung und durch Zwangsverwaltung wahlweise oder kumulativ auch durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung. Mit Ausnahme des Vollstreckungsbefehls ist jeder vollstreckbare Schuldtitel über einen Betrag von mehr als 300 M. zur Eintragung einer Sicherungshypothek geeignet, insbesondere also auch eine gemäß § 794 Nr. 5 ZPO. ausgestellte vollstreckbare Urkunde. Die Eintragung der Sicherungshypothek ist also ein Akt der Zwangsvollstreckung; der Gläubiger kann neben anderen diese Form der Zwangsvollstreckung wählen; das entscheidende, rein formale Kriterium, sein Recht auszuüben, ist nur das Vorhandensein des gesetzlich zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels. Das für die Eintragung jeder sonstigen Grundstücksbelastung notwendige Moment des materiellen und formellen Konsenses des Grundstückseigentümers entfällt bei der Zwangsvollstreckung durch Eintragung der Sicherungshypothek. Sobald die formalen Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung gegeben sind, ist die Eintragung der Sicherungshypothek zulässig. Die Prozeßgesetzgebung hat die gewillkürte Vollstreckbarkeit (§ 794 Nr. 5) den exekutorischen Titeln aus Vollstreckungsurteilen völlig gleichgestellt. Daß für einen der gesetzlichen Vertretung bedürftigen Schuldner eine solche der Vollstreckung fähige Urkunde nicht oder nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts rechtswirksam ausgestellt werden könnte, ist allgemein nicht vorgeschrieben. Grundsätzlich muß daher auch der Vater berechtigt erscheinen, wegen einer jeden Schuld

Digitized by Google

des seiner elterlichen Gewalt unterstehenden Kindes, die er selbständig begründen oder anerkennen darf, das Kind der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, ohne daß hierzu die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich wäre. Es fragt sich nur, ob nicht in der freiwilligen Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung eines derjenigen Rechtsgeschäfte zu finden ist, hinsichtlich deren das Gesetz die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für notwendig erklärt. Als solche Rechtsgeschäfte können nach § 1643 und § 1821 Nr. 1, 3 BGB. die Verfügung über ein Grundstück des Kindes und die Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung in Betracht kommen. Beides trifft nicht zu. Um die Eingehung der (obligatorischen) Verpflichtung zu einer (dinglichen) Verfügung handelt es sich, entgegen der Annahme des Landgerichts, offenbar nicht. Denn durch die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung soll nicht erst noch eine Verfügungspflicht des Unterworfenen begründet werden. Sonst würde durch die Ausstellung einer dem § 794 Nr. 5 ZPO. entsprechenden Urkunde sofort ein obligatorisches Recht des Gläubigers auf Eintragung der Sicherungshypothek entstehen, welches durch eine Vormerkung geschützt werden könnte; ein solches obligatorisches Recht besteht nicht (zu vergl. RG. 56, 15). Vielmehr ist die Verpflichtung, sich eine Verfügung des Gläubigers gefallen zu lassen, mit der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung schon erfüllt. Es könnte daher allein die Annahme übrig bleiben, daß in der Unterwerfung bereits die dingliche Verfügung des Unterworfenen über sein Grundstück liege. Allein auch diese Annahme ist unhaltbar. Nach der Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind unter Verfügungen diejenigen Rechtsgeschäfte zu verstehen, durch welche unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird; von solcher unmittelbaren Verfügung des Schuldners über ein Grundstück findet sich in der Urkunde (§ 794 Nr. 5) nichts. Die Rechtswirkung dieser Urkunde geht nur dahin: Der Gläubiger darf sich geeignetenfalls eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilen lassen und hat bei der Vornahme der Zwangsvollstreckung die freie Wahl, ob er diejenige Form der Vollstreckung in Antrag bringen will, welche in der Eintragung einer Sicherungshypothek besteht. Nicht der Aussteller der Urkunde, sondern der Gläubiger verfügt im Wege der Zwangsvollstreckung über das Grundstück als Exekutionsobjekt. Daß etwa mit Rücksicht auf diesen einen besonderen Modus der Zwangsvollstreckung der Schuldner schon durch die Ausstellung der gerichtlichen oder notariellen Vollstreckungsurkunde über sein Grundstück verfügt habe, wird man nicht annehmen können.

Auch sonst ist dem Vater als gesetzlichen Vertreter die Herbeiführung von Vollstreckungsmaßregeln gegen das Kind unbenommen. Allerdings enthält das Bürgerliche Gesetzbuch hierüber keine ausdrückliche Bestimmung. Die Vorschrift des § 1676 Entw. I, daß die Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich sei zur Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes im Wege einer gegen den Mündel gerichteten Zwangsvollstreckung, ist sogar mit Absicht nicht in das Gesetz aufgenommen worden. Allein dies ist nach den Protokollen der zweiten Kommission (Mugdan 4, 1097) nur deshalb geschehen, weil man einen Zweifel darüber, daß die Veräußerung und Belastung eines dem Mündel gehörenden Gegenstandes im Wege der Zwangsvollstreckung sich frei von der Genehmigung

Digitized by Google

des Vormundschaftsgerichts vollziehen müsse, als ausgeschlossen ansah und weil man die Wirkungen der Zwangsvollstreckung gesetzlich nicht festlegen wollte. Daß zur Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer Sicherungshypothek auf das Grundstück des Kindes beim Vorliegen eines vollstreckbaren Urteils gegen das im Prozesse durch den Inhaber der elterlichen Gewalt vertreten gewesene Kind die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts auch dann nicht erforderlich ist, wenn das Urteil auf der Versäumnis oder auf einem Anerkenntnisse des Gewalthabers beruht, erscheint hiernach unbedenklich. Ist dies aber zutreffend, so kann das Erfordernis der Genehmigung auch nicht bei den vollstreckbaren Urkunden des § 794 Nr. 5 ZPO. anerkannt werden. Denn das Gesetz erklärt mit alleiniger Ausnahme der Vollstreckungsbefehle alle Schuldtitel, die über eine Geldforderung von mehr als 300 M. lauten, zur Eintragung einer Sicherungshypothek für gleich geeignet. Die Möglichkeit einer Umgehung der Vorschriften über die Notwendigkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts besteht bei Urteilen ganz ebenso wie bei vollstreckbaren Urkunden. Hätte der Umgehung vorgebeugt werden sollen, so hätte die Zwangsvollstreckung als solche der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung unterworfen werden müssen.

Abtretung der dem Betrage nach unbestimmten Forderungen, für welche eine Hypothek unter Bestimmung eines Höchstbetrags der Haftung eingetragen ist, gemäß den für die Uebertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften. Zulässigkeit der Uebertragung der Hypothek auf die abgetretenen Forderungen, auch wenn sich infolge der Abtretung die Hypothek in eine Eigentümergrundschuld verwandelt hätte. Pflicht des Grundbuchamts, den neuen Gläubiger als Berechtigten einzutragen, wenn die Eintragung von dem Grundstückseigentümer und dem eingetragenen bisherigen Gläubiger bewilligt wird, ohne daß die Einwilligung des neuen Gläubigers nachgewiesen zu werden braucht.

§§ 1180, 1190, 1198 BGB.

Kammergericht Berlin, 3. Mai 1906. — Bd. 7 S. 227.

Auf den Grundstücken der Deutschen N.-Fabrik steht für die offene Handelsgesellschaft B. eine Höchstbetragshypothek von 300 000 Mark eingetragen zur Sicherung aller Forderungen, welche der Gläubigerin gegen die N.-Fabrik „aus den am 6. August 1901 bereits in Anspruch genommenen oder an diesem Tage zugesagten Krediten, und zwar sowohl für Hauptgeld wie für Zinsen, Provisionen und sonstige Nebenforderungen zusteht," und ferner für dieselbe Gläubigerin eine Höchstbetragshypothek von 200 000 Mark zur Sicherung aller Forderungen, welche ihr gegen die N.-Fabrik „aus den seit dem 1. Januar 1902 bereits bewilligten Krediten zustehen oder aus künftig zu bewilligenden zustehen werden, und zwar sowohl für Hauptgeld wie für Zinsen, Provisionen und sonstige Nebenforderungen". Unter dem 14. Juli 1905 stellte die Gläubigerin in Gemeinschaft mit der N.-Fabrik hinsichtlich der Hypotheken je eine Erklärung folgenden Inhalts in unterschriftlich beglaubigter Form aus:

Im Einverständnisse mit der N.-Fabrik wird an die Stelle der Forderung der Firma B. die Forderung der Kommanditgesellschaft auf Aktien in

Digitized by Google

Firma B. H.-Gesellschaft zu B. und der Aktiengesellschaft D.-Bank zu B. gesetzt, welche von der Firma B. je zur Hälfte an die B. H.-Gesellschaft und die D.-Bank am 28. Juni 1905 abgetreten worden ist und welche für die abtretende Gläubigerin durch jene Hypothek gesichert war. In der Erklärung über die Hypothek von 300 000 Mark heißt es weiter:

Demgemäß bewilligen und beantragen die Unterzeichneten, in das Grundbuch einzutragen, daß die Sicherungshypothek im Höchstbetrage von 300 000 Mark fortan zur einen Hälfte, also im Höchstbetrage von 150 000 Mark, als Sicherheit für alle Forderungen haftet, welche auf Grund der Abtretungserklärung der Firma B. nunmehr der B. H.-Gesellschaft, zur anderen Hälfte, also im Höchstbetrage von 150 000 Mark, als Sicherheit für alle Forderungen haftet, welche auf Grund der Abtretungserklärung der Firma B. von 28. Juni 1905 nunmehr der D.-Bank aus den am 6. August 1901 bei der Firma B. bereits in Anspruch genommenen oder an diesem Tage von der Firma B. zugesagten Krediten, und zwar sowohl für das Hauptgeld wie für Zinsen, Provisionen und sonstige Nebenforderungen zustehen und auf welche sich demgemäß die von der Eigentümerin am 6. August 1901 eingegangene Verpflichtung, Sicherungshypothek zu bestellen, bezieht.

In der Erklärung über die Hypothek von 200 000 Mark heißt es dagegen:

Demgemäß bewilligen und beantragen die Unterzeichneten, in das Grundbuch einzutragen, daß die Sicherungshypothek im Höchstbetrage von 200 000 Mark fortan zur einen Hälfte, also im Höchstbetrage von 100 000 Mark, für alle Forderungen haftet, welche auf Grund der Abtretungserklärung der Firma B. vom 28. Juni 1905 nunmehr der B. H.-Gesellschaft, zur anderen Hälfte, also im Höchstbetrage von 100 000 Mark, als Sicherheit für alle Forderungen haftet, welche auf Grund der Abtretungserklärung der Firma B. vom 28. Juni 1905 nunmehr der D.-Bank aus den seit dem 1. Januar 1902 von der Firma B. bewilligten Krediten, und zwar sowohl für das Hauptgeld wie für Zinsen, Provisionen und sonstige Nebenforderungen, zustehen.

Diese Erklärungen reichte die A.-Fabrik unter dem 18. Juli 1905 beim Amtsgericht in C. mit dem Ersuchen ein, den darin gestellten Anträgen stattzugeben. Das Amtsgericht forderte zunächst mittels Verfügung vom 25. Juli 1905 die Vorlegung der Abtretungserklärungen vom 28. Juni 1905 und lehnte, als die Vorlegung verweigert wurde, durch Beschluß die Eintragung mit folgender Begründung ab: Die Vorlegung der Abtretungserklärung vom 28. Juni 1905 sei erforderlich, damit geprüft werden könne, ob die Forderung gemäß § 1190 Abs. 4 BGB. nach den für die Uebertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen worden sei oder ob die Forderung mit der Hypothek gemäß §§ 1153 ff. BGB. habe übertragen werden sollen. Sei dies der Fall, so sei § 1180 Abs. 2 BGB., den die Beteiligten nach der Fassung ihrer Erklärungen angewendet wissen wollen, unanwendbar; es liege dann eben keine andere Forderung vor, sondern eine abgetretene Forderung; der Gläubigerwechsel mache die Forderung nicht zu einer anderen im Sinne des § 1180, weil der Schuldgrund derselbe bleibe; es werde in diesem Falle die Abtretung in das Grundbuch eingetragen und damit der Uebergang der Hypothek vollzogen. Sei dagegen die Forderung gemäß § 1190 Abs. 4 BGB. abgetreten, so sei der Uebergang der Hypothek

Digitized by Google

ausgeschlossen, die Hypothek könne in diesem Falle unter Anwendung des § 1180 zur Sicherung der Forderungen der jetzigen Kreditgeberin verwendet werden, es handele sich dann aber um neue Schuldverhältnisse, die durch die Hypothek gesichert werden sollten, und jeder Hinweis auf die Abtretungserklärung sei in der Eintragungsbewilligung überflüssig und irreführend. Im Falle des § 1180 finde gerade ausnahmsweise eine Uebertragung der Hypothek ohne die Forderung statt.

Mit der gegen diesen Beschluß erhobenen Beschwerde machte die N.-Fabrik geltend, in den Eintragungsbewilligungen sei deutlich gesagt, daß die Umschreibung gemäß § 1180 verlangt werde. Die eingetragene Sicherungshypothek sei eine Höchstbetragshypothek aus § 1190, nach dessen Abs. 4 die der Hypothek zugrunde liegende Forderung nach den für die Uebertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen werden könne. Erfolge die Uebertragung der Forderung nach diesen Vorschriften, so sei der Uebergang der Hypothek ausgeschlossen. Der Hypothek könne jedoch die abgetretene Forderung als nunmehr andere Forderung mit einer anderen Gläubigerin unterstellt werden. Dies sei geschehen. Die Erwähnung der Abtretung im Eintragungsvermerke werde deshalb verlangt, weil es den Zessionarinnen darum zu tun sei, die Identität mit der früheren Forderung, hinsichtlich deren seit Jahren die Schuldnerin zur Sicherstellung verpflichtet gewesen sei, grundbuchlich klar zu stellen. Das Landgericht wies die Beschwerde zurück. Es führte aus, der Grundbuchrichter sei berechtigt, die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, auf Grund dessen eine Eintragung erfolgen solle, zu prüfen. Eine solche Prüfung führe aber zu dem sehr erheblichen Bedenken, ob nicht die Beteiligten nicht etwa den Wechsel der Forderungen, sondern den der Gläubiger derselben Forderung gewollt und lediglich zur Ersparung der sehr erheblichen Stempelkosten im Falle der Abtretung oder aus ähnlichen Gründen äußerlich den Weg des Wechsels der Forderung gewählt haben. Zur Erforschung des wahren Willens der Beteiligten werde daher die Vorlegung der Abtretungserklärung mit Recht verlangt. Ueberdies seien, wenn eine Abtretung vorliege, die jetzigen Antragsteller gar nicht mehr legitimiert. Denn da die Abtretung am 28. Juni 1905 stattgefunden haben solle, mit der Abtretung aber die neuen Gläubiger Eigentümer der Hypothek geworden seien, so stehe das Antragsrecht nur noch diesen, der B. H.-Gesellschaft und der D.-Bank, zu. Zwischen ihnen und der Eigentümerin habe die im § 1180 vorgeschriebene Einigung zu erfolgen.

Die gegen die landgerichtliche Entscheidung eingelegte weitere Beschwerde führt aus:

Die Firma B. habe in den Eintragungsbewilligungen vom 14. Juli 1905 anerkannt, daß sie die ihr gegen die N.-Fabrik aus dem beiderseitigen, in den Eintragungsvermerken und den diesen zugrunde liegenden Urkunden näher bezeichneten, Geschäftsverkehr erwachsenen Forderungen je zur Hälfte an die B. H.-Gesellschaft und an die D.-Bank abgetreten habe. Da die Abtretung keiner Form bedurft habe (§ 1190 Abs. 4), so sei durch das von der Schuldnerin mit unterzeichnete Anerkenntnis die Abtretung als rechtswirksam vollzogen festgestellt. Da ferner das Anerkenntnis dahin gehe, daß sämtliche der Firma B. gegen die N.-Fabrik erwachsenen, unter die Sicherungshypotheken fallenden Forderungen abgetreten seien, so stehe zugleich fest, daß die Hypotheken zu Eigentümergrundschulden geworden seien und die Firma B. nur noch

Digitized by Google

die formelle Verfügungsbefugnis habe. Dadurch, daß die Firma B. die Forderungen ohne die Hypothek abgetreten, andere Forderungen, für welche die Hypothek haftbar gemacht werden könnte, aber nicht gehabt habe, habe sie auf die Hypothek zugunsten der Grundstückseigentümerin verzichtet, bezw. habe auf Grund des § 1163 die Grundstückseigentümerin die Hypothek erworben. Die Grundstückseigentümerin sei daher berechtigt gewesen, gemäß § 1198 die erlangte Eigentümergrundschuld wieder in eine Hypothek für eine von ihr zu bestimmende Forderung umzuwandeln. Werde § 1198 nicht für anwendbar erachtet, weil die Firma B. noch als Inhaberin der Hypotheken eingetragen stehe, so greife § 1180 Platz. Nach dieser Vorschrift sei aber, wenngleich materiell die Einwilligung der neuen Gläubigerinnen hinzukommen müsse, für den Grundbuchverkehr die Erklärung der Firma B. und der N.-Fabrik ausreichend, um die Forderung der neuen Gläubigerinnen der Hypothek unterzulegen. Eine solche Erklärung liege vor. Von der Firma B. und der N.-Fabrik sei übereinstimmend beantragt worden, in das Grundbuch einzutragen, daß die Hypotheken nunmehr als Sicherheit für die Forderungen dienen sollen, welche auf die B. H.-Gesellschaft und die D.-Bank je zur Hälfte übergegangen seien. In dieser Erklärung liege der ausgesprochene Verzicht seitens der Firma B. hinsichtlich jedes ihr für sich etwa noch zustehenden Hypothekenrechts; es liege darin das Anerkenntnis, daß die Grundstückseigentümerin über die Hypotheken zu verfügen berechtigt sei, also auch berechtigt sei, die Hypotheken zur Sicherheit für die abgetretenen Forderungen zu bestellen; es liege darin die Verfügung der Grundstückseigentümerin in solcher Weise und die nach § 1180 Abs. 2 erforderliche Zustimmung des bisherigen Hypothekengläubigers zu dieser Verfügung. Die Hypotheken seien für die gemäß § 1190 Abs. 4 abgetretenen Forderungen nicht mehr haftbar gewesen, diese Forderungen müßten daher gleich irgendwelchen sonstigen Forderungen geeignet erscheinen, den Hypotheken neu untergelegt zu werden. Ob beabsichtigt worden, Stempel zu ersparen, sei gleichgültig. Bedürfe es zur Umschreibung der Vorlegung einer Abtretungsurkunde nicht, so könne lediglich im stempelsteuerlichen Interesse die Vorlegung nicht beansprucht werden.

Das Kammergericht hat auf die weitere Beschwerde die Vorentscheidungen aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Erörterung und zur Entscheidung unter Abstandnahme von dem bisherigen Bedenken an das Amtsgericht zurückverwiesen. In den Gründen heißt es:

Aus den Eintragungsbewilligungen vom 14. Juli 1905 geht hervor, daß die Firma B. ihre unter die beiden Sicherungshypotheken fallenden Forderungen je zur Hälfte an die B.H.-Gesellschaft und an die D.-Bank abgetreten haben will. Dagegen erhellt nicht, ob nach der angeblich am 28. Juni 1905 erfolgten Abtretung der bis dahin entstandenen Forderungen der durch die Sicherungshypotheken geschützte Kreditverkehr zwischen der Firma B. und der N.-Fabrik fortgesetzt worden ist. Hat eine Fortsetzung des Verkehrs stattgefunden, so ist die Firma B. Inhaberin der Sicherungshypotheken geblieben und es ist durch die von ihr und der N.-Fabrik in beglaubigter Form ausgestellten Erklärungen nur dargetan, daß die Sicherungshypotheken für die bis zum 28. Juni 1905 entstandenen Forderungen nicht mehr haften (zu vergl. § 1190 Abs. 4 BGB.); die Hypotheken haften seitdem in voller Höhe für die nach dem 28. Juni 1905 von der Firma durch Kreditgewährung

Digitized by Google

an die N.-Fabrik erworbenen Forderungen. War dagegen mit dem 28. Juni 1905 der Kreditverkehr abgeschlossen, so waren infolge der von der Firma B. und der N.-Fabrik als vollzogen anerkannten Abtretung aller bis dahin entstandenen Forderungen an die B. H.-Gesellschaft und an die D.-Bank die beiden Hypotheken als Eigentümergrundschulden auf die N.-Fabrik übergegangen. Denn die Bestimmung des § 1190 Abs. 4 BGB. ist auch dann anwendbar, wenn sämtliche durch die Höchstbetragshypothek gesicherten Forderungen auf einen Dritten übertragen werden, und die Uebertragung hat zur Folge, daß die nunmehr der Forderung entkleidete Hypothek zur Eigentümergrundschuld wird (zu vergl. auch RJA. 4, 240; §§ 1163, 1177).

Ist der Kreditverkehr fortgesetzt worden, die Firma B. also Hypothekengläubigerin geblieben, so kommt für die rechtliche Beurteilung der Eintragungsbewilligungen der § 1180 BGB. in Betracht, der unstreitig auch auf Maximalhypotheken Anwendung findet. Danach kann an die Stelle derjenigen Forderung, für welche eine Maximalhypothek besteht, hier also an die Stelle der seit dem 28. Juni 1905 entstandenen Forderungen, eine andere, ihrem Betrage nach unbestimmte Forderung gesetzt werden. Daß dies auch eine Forderung sein kann, für welche die Maximalhypothek früher einmal gehaftet hat, aber zurzeit nicht mehr haftet, erscheint unbedenklich. Es steht deshalb nichts im Wege, daß an die Stelle der für die Firma B. noch gesicherten Forderungen diejenigen Forderungen gesetzt werden, welche sie am 28. Juni 1905 an die B. H.-Gesellschaft und an die D.-Bank abgetreten hat. Materiellrechtlich ist hierzu nach § 1180 Abs. 1 BGB. die Einigung der N.-Fabrik und der beiden neuen Gläubigerinnen, nach Abs. 2 daselbst außerdem die Zustimmung der Firma B. erforderlich. Zum Zwecke der Eintragung in das Grundbuch bedarf es jedoch nur der Eintragungsbewilligung der Firma B. und der N.-Fabrik; der Einwilligung der neuen Gläubigerinnen benötigt es formellrechtlich ebensowenig wie des Nachweises, daß die Abtretung der Forderung an sie rechtswirksam erfolgt ist (zu vergl. OLGRspr. 10, 86). Für den Grundbuchrichter genügt die von der Firma B. und der N.-Fabrik in beglaubigter Form abgegebene Erklärung, daß die Abtretung geschehen sei, denn damit steht zwischen den grundbuchlich Beteiligten fest, daß die Maximalhypothek für die angeblich abgetretene Forderung nicht mehr haftet, daß also eine „andere" als die gesicherte Forderung der Hypothek untergelegt werden soll. Auch an einer genügenden Bezeichnung der Forderung fehlt es nicht. Die Eintragungsbewilligungen vom 14. Juli 1905 lassen darüber keinen Zweifel, daß es sich um alle diejenigen Forderungen handelt, welche der Firma B. bis zum 28. Juni 1905 aus dem durch die Maximalhypothek zu sichernden Geschäftsverkehre gegen die N.-Fabrik erwachsen waren. Es ist deshalb nicht einzusehen, aus welchem Grunde die Abtretungserklärung sollte vorgelegt werden müssen. Selbst wenn beabsichtigt wäre, die Hypothek mit der Forderung gemäß § 1154 BGB. abzutreten, so würde dies für den Grundbuchrichter gleichgültig sein. Denn der Uebergang der Hypothek war außerhalb des Grundbuchs unmöglich (zu vergl. § 1154 Abs. 3, § 1185 Abs. 1, § 873), die Beteiligten konnten also ihre Absicht jederzeit ändern und den mittels der Eintragungsbewilligungen vom 14. Juli 1905 eingeschlagenen Weg wählen. Verfehlt ist es demnach auch, wenn das Landgericht die Möglichkeit in Betracht zieht, daß die neuen Gläubigerinnen allein verfügungsberechtigt seien. Für den Fall

Digitized by Google

also, daß der Kreditverkehr über den 28. Juni 1905 fortgedauert hat, kann ohne weiteres in das Grundbuch eingetragen werden, daß an die Stelle der durch die Maximalhypothek bisher gesichert gewesenen Forderungen diejenigen Forderungen gesetzt worden sind, welche der Firma B. bis zum 28. Juni 1905 erwachsen waren und an diesem Tage je zur Hälfte durch Abtretung auf die B. H.-Gesellschaft und die D.-Bank übergegangen sind. Hierdurch wird im Ergebnisse zwar dasselbe erreicht, wie wenn die Firma B. die Hypothek mit den für sie bis zum 28. Juni 1905 entstandenen Forderungen an die genannten beiden Institute abgetreten und die Umschreibung im Grundbuche bewilligt hätte. Rechtlich besteht aber insofern ein Unterschied, als nicht, wie im letzteren Falle, die Firma B., sondern die N.-Fabrik die Hypothek auf die neuen Gläubigerinnen überträgt.

Ist dagegen anzunehmen, daß der Kreditverkehr zwischen der Firma B. und der N.-Fabrik mit dem 28. Juni 1905 sein Ende erreicht und infolge der Abtretung aller gesicherten Forderungen an die B. H.-Gesellschaft und die D.-Bank die N.-Fabrik die beiden Maximalhypotheken als Eigentümergrundschulden erworben hatte, so findet der § 1180 BGB. zwar nicht unmittelbare, aber doch entsprechende Anwendung. Auch in diesem, an und für sich der Bestimmung des § 1198 BGB. unterworfenen Falle genügt für den Grundbuchrichter die Eintragungsbewilligung der Firma B. und der N.-Fabrik als der Passivbeteiligten. Die Eintragungsbewilligung der Firma B. ersetzt den Nachweis, daß die Maximalhypothek zur Eigentümergrundschuld geworden ist, und die der N.-Fabrik bewirkt die Umwandlung der Eigentümergrundschuld in eine Maximalhypothek für diejenigen dem Betrag nach unbestimmten Forderungen, welche gemäß § 1190 Abs. 4 durch Abtretung an die B. H.-Gesellschaft und die D.-Bank von der früheren Maximalhypothek losgelöst sind. Des Nachweises der rechtswirksamen Abtretung der Forderungen bedarf es auch hier nicht, da eine Maximalhypothek auch für künftige Forderungen bestellt werden kann.

Daß die Maximalhypotheken in zwei Teilbeträge von je 150 000 M. bezw. 100 000 M. zerlegt worden sind, durch die künftig je die Hälfte der am 28. Juni 1905 vorhanden gewesenen Forderungen der Firma B. gesichert werden soll, macht rechtlich keinen Unterschied.

Ungültigkeit der Beschlüsse der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, wenn die Belege über die ordnungsmäßige Berufung der Versammlung dem Protokolle weder beigefügt noch unter Angabe ihres Inhalts in dem Protokoll aufgeführt sind.

§ 259 HGB.

Kammergericht Berlin, 17. Mai 1906. — Bd. 7 S. 235.

Am 2. Dezember 1905 fand zu H. eine Generalversammlung der Aktiengesellschaft R. statt. Ueber die Versammlung wurde ein notarielles Protokoll aufgenommen. Die Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, Fabrikant K. und Direktor B., haben bei dem Amtsgerichte zu H. auf Grund dieses Protokolls die in der Versammlung beschlossene Aenderung des § 11 der Satzungen zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Das Amtsgericht hat den Eintragungsantrag abgelehnt, weil es die Vorschriften wegen Beifügung der

Digitized by Google

Belege über die ordnungsmäßige Berufung der Generalversammlung zu dem Protokolle nicht für gewahrt und deshalb den angemeldeten Beschluß für ungültig erachtete.

Die hiergegen eingelegte Beschwerde ist zurückgewiesen worden; auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht den Erfolg versagt aus folgenden Gründen:

Als Grundlage für die beantragte Eintragung der beschlossenen Satzungsänderung ist eine Nebenausfertigung des Protokolls vom 2. Dezember 1905 eingereicht. Sie datiert vom 22. Januar 1906; es ist mit ihr die dritte Beilage zum Reichsanzeiger vom 8. November 1905 verbunden, in welcher die Aktionäre der bezeichneten Aktiengesellschaft unter Angabe der Tagesordnung und der Bestimmungen des Aufsichtsrats über die Hinterlegung der Aktien vor der Versammlung auf den 2. Dezember 1905 nach H. ordnungsmäßig zur Abhaltung der ordentlichen Generalversammlung eingeladen sind. Das Protokoll selbst enthält wegen der Berufung der Generalversammlung nur folgendes:

> Um $6^1/_2$ Uhr eröffnete der Vorsitzende des Aufsichtsrats, Rechtsanwalt S., die Versammlung und stellte zunächst fest, daß die heutige Generalversammlung ordnungsmäßig berufen ist, und zwar durch Bekanntmachung im Reichsanzeiger vom 8. November 1905.

Unter den mitausgefertigten Anlagen des Protokolls vom 2. Dezember 1905 befindet sich ein entsprechender Beleg nicht. Zutreffend haben die Vorinstanzen verneint, daß hierdurch den Vorschriften des § 259 HGB. wegen Beifügung der Belege über die ordnungsmäßige Berufung der Generalversammlung zu dem über sie geführten Protokolle genügt ist, und deshalb mit Recht den angemeldeten Beschluß für ungültig erklärt. Es wird dort in den Abs. 1 bis 4 bestimmt:

> Jeder Beschluß der Generalversammlung bedarf zu seiner Gültigkeit der Beurkundung durch ein über die Verhandlung gerichtlich oder notariell aufgenommenes Protokoll.
>
> In dem Protokolle sind der Ort und der Tag der Verhandlung, der Name des Richters oder Notars, sowie die Art und das Ergebnis der Beschlußfassung anzugeben.
>
> Das nach § 258 aufgestellte Verzeichnis der Teilnehmer an der Generalversammlung sowie die Belege über die ordnungsmäßige Berufung sind dem Protokolle beizufügen. Die Beifügung der Belege über die Berufung der Generalversammlung kann unterbleiben, wenn die Belege unter der Angabe ihres Inhalts in dem Protokoll aufgeführt werden.
>
> Das Protokoll muß von dem Richter oder Notar vollzogen werden. Die Zuziehung von Zeugen ist nicht erforderlich.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß die Beurkundung der Generalversammlungsbeschlüsse von Aktiengesellschaften an dieser Gesetzesstelle erschöpfend geregelt ist, so daß eine ergänzende Heranziehung der §§ 168 ff. FG. und der Artikel 53 bis 55 PrFG. nicht stattzufinden hat. Nach Landesrecht richtet sich dagegen namentlich die Aufbewahrung und Ausfertigung der betreffenden Urkunden.

Ueber die Tragweite der einzelnen Bestimmungen des § 259, insbesondere auch seines Abs. 3, bestehen in der Literatur insofern nicht unerhebliche Meinungs-

Digitized by Google

verschiedenheiten, als darüber gestritten wird, ob und inwieweit ihre Nichtbeobachtung die Nichtigkeit der betreffenden Urkunde und damit die Ungültigkeit der Beschlüsse zur Folge hat. Staub (zu § 259) führt aus: Damit Nichtigkeit eintrete, müsse die Form in wesentlichen Punkten verletzt sein. Als wesentlich könne man aber nur erachten, daß ein Richter oder ein Notar überhaupt die Verhandlung beurkundet und das Protokoll unterschrieben habe. Weglassung des Ortes und des Tages der Verhandlung sei kein Verstoß in wesentlichen Punkten, noch weniger die unterlassene Beifügung der Anlagen des Protokolls (Abs. 3). Die herrschende Meinung steht dagegen auf dem Standpunkte, daß die Vorschriften der Abs. 2, 3 des § 259 durchweg zwingender Natur sind und wesentliche Erfordernisse der Beurkundung enthalten, ohne deren Erfüllung die aufgenommene Urkunde nichtig ist. Der letzteren Ansicht ist beizutreten. Allseitiges Einverständnis dürfte wohl darüber herrschen, daß die Vorschrift des § 125 Satz 1 BGB. hier nicht unmittelbar anwendbar ist, weil es sich nicht um die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts, sondern eines tatsächlichen Vorganges handelt. Ob ihre analoge Anwendung zuzulassen ist und zu welchem praktischen Ergebnisse sie führt, kann zweifelhaft sein. Ehe man zu einer solchen seine Zuflucht nimmt, wird aber jedenfalls zu prüfen sein, ob nicht Inhalt, Charakter und Entstehungsgeschichte des § 259 einen zuverlässigen Anhalt dafür geben, ob es sich dort durchweg um zwingende Formvorschriften mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit im Falle ihrer Nichtbeobachtung handelt oder nicht. Auf die Ausdrucksweise der Abs. 2 und 3 wird man in dieser Beziehung freilich auch kein entscheidendes Gewicht legen können. Geht man auf die Terminologie des BGB. zurück, — was bei dem Verhältnisse des neuen HGB. zu diesem wohl zulässig sein dürfte, da man bei der Neufassung des letzteren das Ziel verfolgte, seinen Inhalt mit dem des ersteren in Einklang zu bringen — so gelangt man auch damit zu keinem bestimmten Ergebnisse. Wird im BGB. gesagt, daß jemand etwas zu tun hat oder daß etwas von ihm zu tun ist, so ist das kein sicherer Anhalt dafür, ob es sich um eine „Muß-" oder um eine bloße „Sollvorschrift" handelt; vielmehr ist in jedem einzelnen Falle aus dem Zusammenhange zu entnehmen, wie die Vorschrift gemeint ist. Auf den ersten Blick könnte es nun scheinen, als ob der Wechsel der Ausdrucksweise im Abs. 4 Satz 1, wo gesagt wird, daß das Protokoll vom Richter oder Notar vollzogen werden muß, dafür spreche, daß in den Abs. 2, 3 nur Sollvorschriften enthalten seien. Die Entstehungsgeschichte des § 259 spricht jedoch entschieden für das Gegenteil. In der Denkschrift zum HGB. wird zur Begründung dieser Vorschrift gesagt: „Der letztere (der bisherige Art. 238 a Abs. 1) beschränkt sich auf die Bestimmung, daß jeder Beschluß der Generalversammlung zu seiner Gültigkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf und daß die Zuziehung von Zeugen nicht erforderlich ist. In der Praxis haben sich bezüglich der Art dieser Beurkundung Zweifel und Schwierigkeiten ergeben. . . . . Der Entwurf bestimmt daher ausdrücklich, daß die fragliche Beurkundung in der Aufnahme eines Protokolls besteht, und gibt zugleich über den Inhalt dieses Protokolls die nötigen Vorschriften. Ueber die ordnungsmäßige Berufung der Generalversammlung muß das Protokoll, das zum Handelsregister einzureichen ist, gleichfalls Aufklärung geben. Unbedingt vorzuschreiben, daß die meist sehr umfangreichen Belege über die Berufung dem Protokolle beizu-

Digitized by Google

fügen sind, empfiehlt sich nicht; es genügt vielmehr, wenn die einzelnen Belege unter Angabe ihres meist übereinstimmenden Inhalts im Protokolle selbst aufgeführt werden. . . . Die Unterschrift des Vorsitzenden der Versammlung ist neben der für die Gültigkeit wesentlichen Vollziehung durch den Richter oder Notar nur mit der Bedeutung einer Anweisung vorgeschrieben."

Zum Verständnisse der letzten Bemerkung ist darauf hinzuweisen, daß Satz 1 Abs. 4 des damals vorgeschlagenen § 251 (welchem der jetzige § 259 entspricht) dahin lautete:

> Das Protokoll muß von dem Richter oder Notar vollzogen werden; es soll außerdem von dem Vorsitzenden der Generalversammlung unterzeichnet werden.

Der letztere Halbsatz wurde dann in der Kommission gestrichen. Hieraus geht zunächst hervor, daß die Spitze des in Abs. 4 enthaltenen „muß" nicht gegen die Abs. 2, 3 geht, sondern lediglich gegen jene inzwischen gestrichene Sollvorschrift gerichtet ist. Ferner kann es nach jener Begründung keinem Zweifel unterliegen, daß die Bestimmungen der Abs. 2, 3 und des Abs. 4 Satz 1 bezüglich ihrer rechtlichen Bedeutung auf der gleichen Linie stehen und zusammen die unerläßlichen Erfordernisse eines gültigen Protokolls im Sinne des Abs. 1 enthalten. Es wird dort im öffentlichen Interesse, zur Vermeidung von Zweifeln und Schwierigkeiten für die Zukunft, vorgeschrieben, was alles für ein gültiges Protokoll im Sinne des Abs. 1 nötig ist, und gerade im Hinblick auf die fraglichen Belege ausdrücklich hervorgehoben, daß das zum Handelsregister einzureichende Protokoll über die ordnungsmäßige Berufung der Generalversammlung Auskunft geben muß. Es handelt sich danach um eine Schutzvorschrift zugunsten der Aktionäre und des Publikums (Hachenburg im Recht 1904 S. 16). Man wollte augenscheinlich auf diese Weise gewisse Garantien dafür schaffen, daß die Ordnungsmäßigkeit der Berufung einer Generalversammlung späterhin, auch nach dem Ablaufe von Jahren, noch mit Zuverlässigkeit nachgeprüft werden könnte. Deshalb gab man der Bestimmung des Abs. 3 den Charakter zwingenden öffentlichen Rechtes. Ihre Verletzung macht somit das Protokoll nichtig und die in ihm enthaltenen Beschlüsse schlechthin ungültig. Einer Anfechtung gemäß § 271 bedarf es nicht; die Unterlassung der Anfechtung kann den Mangel nicht heilen.

Ferner kann es aber auch im gegebenen Falle keinem ernstlichen Zweifel unterliegen, daß der Vorschrift des § 259 Abs. 3 wegen Beifügung (Satz 1) oder Inhaltsangabe (Satz 2) der Belege über die ordnungsmäßige Berufung der Generalversammlung vom 2. Dezember 1905 nicht genügt worden ist. Nach § 7 der Gesellschaftssatzungen war die Bekanntmachung der Generalversammlung allein im Reichsanzeiger erforderlich. Diese hat ausweislich der nachträglich mit der Nebenausfertigung überreichten Nummer dieses Anzeigers vom 8. November 1905 tatsächlich stattgefunden. Sollte nun aber dem Abs. 3 Satz 1 genügt werden, so waren dem Protokolle die Belege bezw. der bezeichnete Beleg beizufügen. Unter dieser „Beifügung" zum Protokolle, d. h. zur Urschrift des Protokolls, ist nach dem Gesamtinhalte des § 259 eine amtliche Beifügung zu verstehen, welche der beurkundende Richter oder Notar in amtlicher Eigenschaft zum Zwecke der Herstellung des Protokolls über die Generalversammlung vornehmen muß. Ueber die gehörige und rechtzeitige Vornahme dieser Amtshandlung, von welcher die Gültigkeit des

Digitized by Google

ganzen Protokolls und der gefaßten Beschlüsse abhängig ist, muß hiernach das Protokoll selbst die erforderliche Auskunft geben. Es muß aus ihm ersichtlich sein, daß die Belege, welche ebenso wie das Teilnehmerverzeichnis des § 258 „notwendige Anlagen" des Protokolls bilden, ihm amtlich beigefügt sind. Gericht oder Notar werden sie alsbald mit der Urschrift des Protokolls in amtliche Verwahrung zu nehmen haben, so daß sie mit diesem (auf Antrag, auszugsweise) ausgefertigt werden können (Art. 42, 43, 47, 48, 63 PrFG.). Eine spätere Beifügung der Belege, über welche aus dem Protokolle nichts hervorgeht, kann somit nicht genügen. Es würde auch sehr bedenklich sein, wenn diese amtliche Beifügung, von welcher die Gültigkeit des ganzen Aktes abhängt, späterhin, vielleicht nach Jahren, willkürlich nachgeholt werden könnte. Das Protokoll muß von vornherein so hergestellt werden, daß es auch in dieser Beziehung den gesetzlichen Anforderungen entspricht; seine Gültigkeit und die Rechtswirksamkeit der gefaßten Beschlüsse muß alsbald eine zweifelsfreie, gesicherte sein; sie darf nicht in der Schwebe gelassen werden, um später nach Wunsch oder Gelegenheit ergänzt zu werden. Das könnte zu einer völligen Rechtsunsicherheit und zu einer schweren Schädigung der Interessen der Beteiligten führen. Nimmt man überhaupt an, daß es sich bei Abs. 3 um eine zwingende Formvorschrift handelt, so muß man dazu gelangen, auch in dieser Richtung auf ihrer unverzüglichen strengen Durchführung zu bestehen. Danach liegt es aber ohne weiteres auf der Hand, daß die nachträglich zu der Nebenausfertigung vom 22. Januar 1906 erfolgte Beifügung des Belegblattes die bei der Protokollaufnahme unterlassene, nicht beurkundete Beifügung zur Urschrift des Protokolls nicht zu ersetzen vermag.

Ebensowenig ist aber der Vorschrift des Abs. 3 Satz 2 Genüge geschehen, nach welcher die Beifügung der Belege unterbleiben kann, wenn sie unter Angabe ihres Inhalts in dem Protokoll aufgeführt werden. Man kann zwar wohl in der hier mitgeteilten Feststellung des Vorsitzenden des Aufsichtsrats, daß die Berufung der Versammlung durch Bekanntmachung im Reichsanzeiger vom 8. November 1905 ordnungsmäßig erfolgt sei, eine gehörige Aufführung des betreffenden Belegs finden, eine Angabe seines Inhalts ist jedoch dadurch nicht erfolgt. Zum Inhalte des Belegs im Sinne dieser Vorschrift wird man zwar nicht dessen ganzen Inhalt, auch insoweit, als er völlig unerheblich ist, rechnen, wohl aber seinen wesentlichen Inhalt, insofern als er erforderlich ist, um die ordnungsmäßige Berufung der Generalversammlung festzustellen. Nach § 255 Abs. 1 hat die Berufung der Generalversammlung in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu geschehen. § 18 des Gesellschaftsvertrags bestimmt hier, daß der Zweck der Generalversammlung bei ihrer Berufung bekannt gemacht werden muß. Es ist klar, daß die im Protokoll enthaltene Mitteilung des Vorsitzenden des Aufsichtsrats über die Berufung der Versammlung nicht erkennen läßt, ob dieser Vorschrift des Gesellschaftsvertrags und damit dem Gesetze genügt ist. Das von ihm abgegebene Urteil über die Ordnungsmäßigkeit der Berufung der Versammlung ist in dieser Beziehung unerheblich und nicht geeignet, den vorliegenden Mangel des Protokolls zu beheben. Nach alledem ist letzteres nichtig; die nach ihm gefaßten Beschlüsse der Generalversammlung sind also ungültig; die Vorinstanzen haben deshalb zutreffend die beantragte Eintragung

Digitized by Google

in das Handelsregister abgelehnt, so daß die vorliegende weitere Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen werden muß.

Unzulässigkeit einer Beschwerde gegen die Eintragung von Beschlüssen der Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung von seiten derjenigen Gesellschafter, welche gegen den Beschluß Widerspruch erhoben haben.

§§ 19, 20, 142, 143, § 144 Abs. 2 FG.

Oberlandesgericht Hamburg, 13. Juni 1906. — Bd. 7 S. 241.

Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit enthält verschiedene Bestimmungen, welche den Zweck verfolgen, unrichtige Eintragungen zu verhüten, Berichtigungen und Vervollständigungen des Handelsregisters zu ermöglichen, die Löschung unzulässiger Eintragungen und die Löschung eingetragener nichtiger Gesellschaften oder nichtiger Gesellschaftsbeschlüsse herbeizuführen. So ist durch § 126 den Organen des Handelsstandes die Verpflichtung auferlegt, die Registergerichte behufs der Verhütung unrichtiger Eintragungen sowie behufs der Berichtigung und Vervollständigung des Handelsregisters zu unterstützen. Ihnen ist die Berechtigung zugesprochen, zu diesem Zwecke Anträge bei den Registergerichten zu stellen und gegen Verfügungen, durch die über solche Anträge entschieden wird, das Rechtsmittel der Beschwerde zu erheben. Im § 142 wird dem Registergericht die Befugnis beigelegt, eine Eintragung in das Handesregister zu löschen, welche bewirkt war, obgleich sie wegen Mangel einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war. Von dieser Befugnis darf aber nur Gebrauch gemacht werden, nachdem den Beteiligten Gelegenheit zur Geltendmachung eines Widerspruchs gegeben worden ist. Die Zurückweisung eines erhobenen Widerspruchs ist mittels sofortiger Beschwerde anfechtbar. Nach § 143 hat auch das dem Registergerichte im Instanzenzuge vorgeordnete Landgericht das Recht, die Löschung einer Eintragung gemäß den Vorschriften des § 142 zu verfügen. Gemäß den Vorschriften der §§ 142, 143 kann ferner eine in das Handelsregister eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung als nichtig gelöscht werden, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht die nach § 3 Abs. 1 GmbH. wesentlichen Bestimmungen, d. h. die Bestimmungen über Firma und Sitz der Gesellschaft, Gegenstand des Unternehmens, Betrag des Stammkapitals und Betrag der Stammeinlage enthält oder eine dieser Bestimmungen nichtig ist. Endlich kann ein in das Handelsregister eingetragener Beschluß der Versammlung der Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gemäß den Vorschriften der §§ 142, 143 als nichtig gelöscht werden, wenn er durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint.

Alle diese, den Gerichten ein Eingreifen von Amts wegen gestattenden Bestimmungen beruhen auf dem gemeinsamen Gedanken, daß wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässige Eintragungen oder Eintragungen von Beschlüssen, welche gegen zwingende Vorschriften des Gesetzes ergangen sind und im öffentlichen Interesse beseitigt werden müssen, von Amts wegen müssen getilgt werden dürfen. Zu einem solchen Eingreifen der Gerichte kann auch ein einzelner den Anstoß geben, indem er dem Gerichte von den betreffenden Tatsachen, welche zum Eingreifen Anlaß geben könnten, Mitteilung

Digitized by Google

macht. Aber ein Beschwerderecht wird durch jene Bestimmungen niemanden eingeräumt, außer den Organen des Handelsstandes nach § 126 und den am Widerspruchsverfahren der §§ 142, 143 Beteiligten.

Im vorliegenden Falle hat ein solches Widerspruchsverfahren nicht stattgefunden. Das Landgericht hat auch ein Einschreiten von Amts wegen nicht beabsichtigt. Es hat auf Grund einer Beschwerde entschieden, welche mit Recht als Rechtsmittel gegen die vom Amtsgerichte vollzogene Eintragung aufgefaßt worden ist. Hiernach scheiden die das Verfahren nach Maßgabe der §§ 126, 142, 143, 144 FG. betreffenden Vorschriften bei der Beurteilung der vorliegenden Frage aus. Es kann nur in Frage kommen, ob nach §§ 19, 20 FG. die Zulässigkeit der Beschwerde angenommen werden muß. § 19 gibt das Rechtsmittel der Beschwerde gegen die Verfügungen des Gerichts erster Instanz, und nach § 20 steht die Beschwerde jedem zu, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt worden ist. Die Zulässigkeit der Beschwerde setzt also voraus, daß eine Verfügung des Registerrichters vorliegt, welche ein Recht des Beschwerdeführers beeinträchtigt.

Schon die erste dieser beiden Voraussetzungen liegt nicht vor. Es könnte zwar scheinen, als ob eine Verfügung vorliege, weil das Amtsgericht die Eintragung „verfügt" hat. Allein diese Verfügung ist nur eine Anweisung an den Gerichtsschreiber, die Eintragung vorzunehmen, ein Internum des Gerichts, welches für die zur Entscheidung stehende Frage ganz ohne Bedeutung ist, wie sich dies schon daraus ergibt, daß der Amtsrichter — wie dies vielfach geschieht — die Eintragung ebensogut selbst hätte vornehmen können, in welchem Falle von einer Verfügung auch nicht dem Scheine nach die Rede sein könnte. Daß in der Mitteilung des Amtsgerichts an den Beschwerdeführer über die Gründe, welche das Amtsgericht veranlaßt hatten, die Eintragung vorzunehmen, keine Verfügung im Sinne des § 19 liegt, bedarf der Ausführung nicht. Gegen die Auffassung der Eintragung als einer Verfügung spricht auch die Natur des Eintragungsakts, welcher nicht eine Anordnung des Gerichts enthält, sondern sich nur als die öffentliche Beurkundung von Anmeldungen darstellt, wie dies die Form der Führung des Handelsregisters dartut. Hieran wird dadurch nichts geändert, daß in gewissen vom Gesetze bestimmten Fällen, z. B. bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung in den Fällen der §§ 11, 54 des Gesetzes, die Eintragung erforderlich ist, um gewisse Rechtswirkungen (Entstehung der Gesellschaft, Abänderung des Gesellschaftsvertrags) herbeizuführen.

Diese Natur der Eintragung bringt es auch mit sich, daß durch die Eintragung keinerlei Rechte beeinträchtigt werden können. Was insbesondere die hier vorliegende Aenderung des Gesellschaftsvertrags anlangt, so kann zwar der Beschluß der Gesellschafterversammlung Rechte einzelner verletzen und deshalb einer Anfechtung im ordentlichen Rechtsweg unterliegen. Aber die Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister beeinträchtigt dieses Recht nicht. Würde es dies tun, so müßte allerdings die Beschwerde — angenommen, daß in der Eintragung eine Verfügung gefunden werden könnte — erhoben werden, um die Beeinträchtigung des Rechts zu beseitigen. Aber gerade dies zeigt, daß das Gesetz eine Beschwerde gegen die Eintragung nicht hat gewähren wollen. Denn wenn im Beschwerdewege festgestellt werden müßte, ob die in das Handelsregister eingetragenen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung

Digitized by Google

Rechte des Beschwerdeführers beeinträchtigen oder nicht, so müßte mit der Erschöpfung des Beschwerdeverfahrens diese Frage auch endgültig entschieden sein und es bliebe der ordentliche Rechtsweg dem Beschwerdeführer nicht mehr offen. Das Gesetz kann schwerlich gewollt haben, daß Beschlüsse noch als rechtsverletzend im Rechtswege sollen angefochten werden können, nachdem im Beschwerdeverfahren festgestellt worden ist, daß sie nicht rechtsverletzend sind. Und ebenso ist es kaum denkbar, daß ein Gesellschafter, nachdem im ordentlichen Rechtswege festgestellt worden, daß der von ihm beanstandete Beschluß sein Recht nicht verletze, im Wege der Beschwerde gegen die Eintragung diese Frage noch einmal zur Entscheidung zu bringen berechtigt sein sollte.

Daß diese Auffassung dem Willen des Gesetzes entspricht, erhellt auch daraus, daß es an einer Vorschrift des Inhalts fehlt, daß der Registerrichter die Gesetz- oder Statutenmäßigkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung vor der Eintragung zu prüfen habe, indem es doch kaum denkbar wäre, daß das Gesetz in einer Eintragung eine das Recht eines Gesellschafters beeinträchtigende Verfügung sehen könnte, ohne zugleich dem Registerrichter eine Vorschrift darüber zu geben, worauf er seine Prüfung vor der Eintragung zu richten habe. Das Gesetz betr. GmbH. enthält aber nur für einen einzigen Fall eine Vorschrift des Inhalts, daß eine Eintragung nur erfolgen darf, nachdem gewisse Nachweise geliefert worden sind. Dies ist der § 80, welcher den Fall behandelt, daß eine Aktiengesellschaft zum Zwecke der Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung aufgelöst wird. Daraus, daß diese Vorschrift für einen ersichtlich von dem vorliegenden grundverschiedenen Fall gegeben worden ist, läßt sich auf die Absicht des Gesetzes schließen, in Fällen wie den vorliegenden dem Registerrichter keine Vorschriften zu geben, worauf er seine Prüfung erstrecken soll.

Eine ganz andere Frage ist es natürlich, ob der Registerrichter berechtigt ist, die Eintragung zu versagen, wenn seiner Ansicht nach die Beschlüsse, welche zur Eintragung angemeldet sind, gegen Gesetz oder Statut verstoßen. Ein solches Recht mag ihm zustehen, und ohne Zweifel wird die Gesellschaft, deren Antrag auf Eintragung abgewiesen ist, hiergegen Beschwerde erheben können, weil die Abweisung ohne Zweifel eine Verfügung ist und weil die Gesellschaft ein Recht darauf hat, daß von der Versammlung der Gesellschafter gefaßte Beschlüsse, welche nicht gegen Gesetz oder Statut verstoßen und ihrem Inhalte nach zur Eintragung angemeldet werden müssen, in das Handelsregister eingetragen werden.

Die Unrichtigkeit der hier vertretenen Auffassung läßt sich auch aus § 127 FG. nicht ableiten. Dieser Paragraph gibt dem Registerrichter das Recht, wenn eine von ihm zu erlassende Verfügung von der Beurteilung eines streitigen Rechtsverhältnisses abhängig ist, die Verfügung auszusetzen, bis über das Verhältnis im Wege des Rechtsstreits entschieden ist, und, wenn der Rechtsstreit nicht anhängig ist, einem der Beteiligten eine Frist zur Erhebung der Klage zu bestimmen. Selbst wenn man in der Eintragung eine Verfügung sehen wollte, so würde doch der § 127 nicht anwendbar sein, weil die Eintragung von der Beurteilung des hier streitigen Rechtsverhältnisses, d. h. von der Beurteilung der Frage, ob die Versammlungsbeschlüsse vom 17. Februar und 17. März 1906 ein Recht des Beschwerdeführers verletzen, nicht abhängt,

Digitized by Google

indem nirgends im Gesetz ausgesprochen ist, daß in diesem Falle die Eintragung nicht erfolgen dürfe.

In wie hohem Grade es bedenklich sein würde, die Entscheidung der Frage, ob die in Betracht kommenden Versammlungsbeschlüsse ein Recht des Beschwerdeführers verletzen, in die Hand des Registerrichters zu legen, ergibt sich aus der großen Zahl und der Zweifelhaftigkeit der nach dem dargestellten Tatbestand in Betracht kommenden Frage. Die hier vertretene Auffassung wird auch von Staub (GmbH., Anm. 13 ff. zu § 54) geteilt. In Anm. 18 sagt er: „Ein Beschwerderecht gegen die erfolgte Eintragung steht weder dem Gesellschafter noch dem Geschäftsführer zu, wenn es sich um solche Vorschriften handelt, hinsichtlich deren auf die Folge der Verletzung verzichtet werden kann." Da es sich im vorliegenden Falle gewiß nur um solche Vorschriften handelt, so kann unerörtert bleiben, ob der Ansicht Staubs beizutreten sei, daß, wenn öffentlichrechtliche Vorschriften verletzt worden sind, d. h. solche, hinsichtlich deren auf die Folgen der Verletzung von den Beteiligten nicht verzichtet werden kann, ein Beschwerderecht besteht oder ob nicht der, welcher sein Recht durch Versammlungsbeschlüsse beeinträchtigt glaubt, darauf beschränkt ist, eine Remedur auf dem in den §§ 142—144 des Gesetzes angegebenen Wege durch Anregung eines amtlichen Eingreifens des Registerrichters oder des Landgerichts zu suchen.

Das Ergebnis ist hiernach, daß der Beschwerdeführer sein Recht der Anfechtung der Beschlüsse vom 17. Februar und 17. März 1906 im ordentlichen Rechtsweg wird geltend machen müssen. Ein Beschwerderecht gegen die erfolgte Eintragung steht ihm nicht zu.

Zulässigkeit der Eintragung einer Hypothek mit dem Vorbehalte des Rechtes für den Grundstückseigentümer, im Falle der Löschung der voreingetragenen Hypotheken an deren Stelle andere Hypotheken in gleicher Höhe eintragen zu lassen. Unzulässigkeit der nachträglichen Eintragung des Vorbehalts ohne die Bewilligung des Hypothekengläubigers, falls die Hypothek ohne den Vorbehalt eingetragen worden ist; Eintragung eines Widerspruchs auf die Beschwerde des Eigentümers.

§§ 881, 1163, 1180 BGB., §§ 54, 71 GBO.

Kammergericht Berlin, 17. Mai 1906. — Bd. 7 S. 249.

Der Zimmermann S. in H. ist eingetragener Eigentümer eines Grundstücks in H., welches mit sechs Hypotheken im Gesamtbetrage von 54 000 M. belastet ist. Mittels Urkunde vom 5. April 1906 räumte S. dem Spar- und Kreditvereine zu Z. eine weitere Hypothek für ein Darlehn von 13 000 M. ein. Er bewilligte und beantragte die Eintragung sowie die Aushändigung des Hypothekenbriefs an den Gläubiger. Zugleich behielt er sich das Recht vor, „falls die vor der vorbezeichneten Darlehnshypothek eingetragenen Einzelhypotheken im Gesamtbetrage vor 54 000 M. zur Löschung kommen sollten, vor ihr wiederum eine Hypothek von 54 000 M. nebst jährlichen Zinsen bis zu 5 Proz. oder mehrere Hypotheken im Gesamtbetrage von 54 000 M. nebst jährlichen Zinsen bis zu 5 Proz. eintragen zu lassen", und er beantragte, auch diesen Vorbehalt in das Grundbuch einzutragen. Der Spar- und Kreditverein trat diesen Anträgen und Erklärungen bei, ohne jedoch, wie S., seine

Digitized by Google

Unterschrift beglaubigen zu lassen. Der Notar G., welcher die Beglaubigung der Unterschrift des S. vorgenommen hatte, reichte die Urkunde dem Amtsgerichte in H. mit dem Ersuchen ein, den darin gestellten Anträgen stattzugeben. Das Amtsgericht trug die Darlehnshypothek von 13 000 M. ein und ordnete die Aushändigung des Hypothekenbriefs an den Spar- und Kreditverein an, es lehnte jedoch die Eintragung des Vorbehalts als überflüssig und darum nicht eintragungsfähig ab, da die Hypotheken im Betrage von 54 000 M. mit ihrem natürlichen Vorrange bereits eingetragen seien, es sonach nur vom Willen des Eigentümers abhänge, ob die Löschung der Hypotheken erfolgen solle oder nicht, und demgemäß der Eigentümer schon jetzt dasjenige tatsächlich habe, was er sich vorbehalten wolle. Gegen diesen Beschluß legte der Notar G. namens des S. Beschwerde ein mit dem Antrage, das Amtsgericht anzuweisen, dem Antrag auf Eintragung des Rangvorbehalts stattzugeben. Er gab zu, daß S., wenn er die voreingetragenen Hypotheken als Eigentümerhypotheken erwerben würde, diese nicht zur Löschung zu bringen brauche, sondern ihnen andere Forderungen unterlegen könne. Dagegen bestritt er, daß S. verpflichtet sei, gerade diesen Weg zu wählen, um sich anderweit Kredit zu verschaffen. Auch wies er darauf hin, daß selbst in Anbetracht der Möglichkeit, gemäß § 66 GBO. einen einheitlichen Hypothekenbrief bilden zu lassen, die Verwertbarkeit der eingetragenen sechs Einzelhypotheken erheblich schwieriger sein werde, als die einer einzigen Hypothek. Das Landgericht wies die Beschwerde mit der Begründung zurück, daß S. einerseits nach Tilgung der vorgehenden Hypothekenforderungen gemäß § 1163 BGB. das Recht habe, über die Hypotheken als Eigentümerhypotheken zu verfügen, und daß es ihm andererseits nach § 1180 freistehe, an die Stelle der Einzelforderungen, für welche die Hypotheken bestellt seien, eine oder mehrere andere Forderungen derselben oder anderer Gläubiger bis zur Höhe von 54 000 M. zu setzen. Der Vorbehalt würde demnach nur dann von Bedeutung sein, wenn S. bereits eine Hypothek hätte löschen lassen und an Stelle der gelöschten eine andere eingetragen werden sollte. Da es jedoch jetzt noch in seinem freien Belieben stehe, die Löschung zu vermeiden, so seien die Bestimmungen des § 1180 BGB. völlig ausreichend, um die Verwirklichung seiner Absichten zu ermöglichen, und die Eintragung des Vorbehaltes somit überflüssig und unzulässig.

Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung an das Amtgericht zurückverwiesen aus folgenden Gründen:

Die Ansicht der Vorinstanzen, daß der Beschwerdeführer auch ohne Eintragung des Vorbehalts die vorbehaltene Befugnis habe, ist verfehlt. Der in der Urkunde vom 5. April 1906 erklärte Vorbehalt betrifft nicht den Vorrang der in Abteilung III eingetragenen Hypotheken von insgesamt 54 000 M. vor der neubegründeten Dahrlehnshypothek von 13 000 M., sondern er geht dahin, daß im Falle der Löschung jener sechs Hypotheken eine oder mehrere andere Hypotheken im gleichen Gesamtbetrage mit dem Range vor den 13 000 M. sollen bestellt werden dürfen. Stände dem Eigentümer als solchem das Recht zu, für den Fall der Löschung einer auf seinem Grundstück eingetragenen Hypothek über die von dieser eingenommene Stelle anderweit zu verfügen, so wäre der bezeichnete Vorbehalt allerdings überflüssig gewesen

Digitized by Google

und seine Eintragung mit Recht abgelehnt worden. Allein das Bürgerliche Gesetzbuch kennt ein derartiges Stellenrecht nicht. Der Eigentümer kann zwar eine Hypothek, die er als Eigentümerhypothek oder als Eigentümergrundschuld erwirbt, mit einer neuen Forderung verbinden, er ist aber nicht befugt, an die Stelle einer löschungsfähigen Hypothek eine andere Hypothek zu setzen. Den Mangel dieser letzteren Befugnis ersetzt die Vorschrift des § 881 BGB. Der Eigentümer kann sich bei der Belastung seines Grundstücks mit einer Hypothek das Recht vorbehalten, eine andere, dem Umfange nach bestimmte Hypothek mit dem Range vor jener eintragen zu lassen, und der Vorbehalt kann auch an die Bedingung geknüpft werden, daß etwaige bereits vorher eingetragene Hypotheken zur Löschung gelangen. Es mag den Vorinstanzen zugegeben werden, daß der Eigentümer den gleichen Erfolg in der Regel auch auf dem von ihnen angedeuteten Wege erreichen kann, obgleich selbst dies, wie der Beschwerdeführer zutreffend geltend macht, mindestens zweifelhaft ist, da erfahrungsgemäß in den Kreisen der Geldgeber eine gewisse Abneigung gegen den Erwerb mehrerer bereits eingetragener Hypotheken statt einer einzigen neu einzutragenden Hypothek besteht. Allein jene Möglichkeit gibt dem Grundbuchrichter nicht das Recht, dem Eigentümer den anderen, durch § 881 BGB. ihm eröffneten Weg zu verschließen. Ueberdies ist es nicht richtig, daß jede auf einem Grundstück eingetragene Hypothek zur Eigentümerhypothek oder zur Eigentümergrundschuld werden könnte. Ist die eingetragene Hypothek aus irgendeinem Grunde nichtig, so kann sie weder auf den Eigentümer übergehen, noch kann an die Stelle der Forderung, für die sie scheinbar besteht, eine andere Forderung gesetzt werden (zu vergl. KGJ. 27 A, 128; OLGRspr. 5, 9; 11, 114. RG. 54, 83). Hat ferner der Eigentümer gemäß § 1183 BGB. dem Grundbuchamt oder dem Gläubiger einer — rechtswirksam — eingetragenen Hypothek gegenüber seine Zustimmung zur Aufhebung der Hypothek erteilt, so liegt es nicht mehr in seiner Macht, die Hypothek als Eigentümerhypothek zu erwerben. Die Vorinstanzen übersehen auch, daß der Eigentümer, selbst wenn er die Hypothek erworben hat, vielfach nicht in der Lage ist, den Erwerb in der für Grundbucheintragungen erforderlichen Form nachzuweisen; vermag er nichts als eine bloße Löschungsbewilligung beizubringen, so kann er in anderer Weise als durch Löschung über die Hypothek nicht verfügen.

Der Grundbuchrichter hat sonach die Eintragung des Vorbehalts mit Unrecht abgelehnt. Er hat jedoch auch darin gefehlt, daß er die Hypothek der 13 000 M. ohne den Vorbehalt eingetragen hat. Denn durch diese Eintragung ist der Hypothek der 13 000 M. ein Rang beigelegt worden, den sie nach dem in der Urkunde vom 5. April 1906 ausgesprochenen Willen des Beschwerdeführers und nach der, wenn auch unbeglaubigten, Erklärung des Gläubigers nicht haben sollte. Daraus ergibt sich aber, daß das Landgericht dem Verlangen des Beschwerdeführers, das Amtsgericht zur nachträglichen Eintragung des Vorbehalts anzuweisen, nicht entsprechen konnte. Mag man den Rangvorbehalt als eine Belastung der Hypothek der 13 000 M. ansehen oder mag man in ihm eine bedingte Inhaltsbeschränkung der Hypothek oder beides zugleich finden, in jedem Falle richtet sich die Beschwerde, wenngleich äußerlich gegen die Ablehnung der Eintragung des Rangvorbehalts, so doch ihrem Wesen nach gegen die Eintragung der Darlehnshypothek der 13 000 M. als eines unbelasteten und unbeschränkten Rechtes. Nachdem

Digitized by Google

die Hypothek einmal ohne den Rangvorbehalt eingetragen worden war, durfte diese Eintragung auf die bloße Beschwerde des Eigentümers hin nicht mehr verändert werden (zu vergl. § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO.). Vielmehr bedurfte es zur nachträglichen Eintragung des Rangvorbehalts der Bewilligung des Hypothekengläubigers als desjenigen, dessen grundbuchmäßiges Recht dadurch würde betroffen werden (§ 19 GBO.). Wenn Planck und Güthe annehmen, die Bewilligung des Hypothekengläubigers könne durch den Nachweis ersetzt werden, daß die Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger über die Bestellung der Hypothek den Rangvorbehalt mit umfaßt habe (§§ 22, 29 GBO.), so übersehen sie, daß nach § 881 Abs. 2 BGB. der Vorbehalt dingliche Wirkung erst durch seine Eintragung im Grundbuch erlangt, daß also im Wege der Grundbuchberichtigung zwar die Löschung der nicht ohne den Rangvorbehalt gewollten Hypothek, nicht aber die nachträgliche Eintragung des Vorbehalts erfolgen könnte (zu vergl. Predari S. 343, 607). Auch berücksichtigen sie nicht, daß die ohne den Vorbehalt eingetragene Briefhypothek außerhalb des Grundbuchs unbelastet und unbeschränkt auf einen Dritten übertragen werden kann (zu vergl. § 1154 BGB.). Auf der anderen Seite ist die Bewilligung des Hypothekengläubigers ausreichend. Denn der Grundsatz, daß bei einer vorbehaltlos eingetragenen Hypothek ein Rangvorbehalt nicht nachträglich im Grundbuch vermerkt werden kann, daß vielmehr nur noch die Eintragung einer Rangänderung gemäß § 880 BGB. zulässig ist (zu vergl. KGJ. 21 A, 306), hat zur Voraussetzung, daß die Eintragung der Hypothek ohne Vorbehalt dem Willen der Beteiligten entsprach, er gilt also dann nicht, wenn — der Einigung der Beteiligten gemäß — der Antrag auf Eintragung des Vorbehalts zugleich mit dem Antrag auf Eintragung der Hypothek gestellt worden ist (zu vergl. § 881 Abs. 1 BGB.), der Grundbuchrichter aber den ersteren Antrag übersehen oder ihn irrtümlich zurückgewiesen hat.

Immerhin hätte das Landgericht die Beschwerde nicht gänzlich zurückweisen dürfen. Das Grundbuchamt hat die Eintragung der Darlehnshypothek der 13 000 M. ohne den Vorbehalt unter Verletzung des § 881 BGB. vorgenommen und durch diese Eintragung ist, wenn nicht etwa die Beteiligten sich auf die Bestellung einer vorbehaltlosen Hypothek, abweichend von dem Inhalte der Urkunde vom 5. April 1906, geeinigt haben sollten, das Grundbuch insofern unrichtig geworden, als ein Recht eingetragen steht, welches in dieser Gestalt nicht begründet worden ist. Mit der Beschwerde muß daher, da dies im Interesse des Beschwerdeführers liegt, das Verlangen als gestellt gelten, daß das Grundbuchamt angewiesen werde, gemäß § 54 Abs. 1 Satz 1 GBO. einen Widerspruch gegen die Unrichtigkeit des Grundbuchs einzutragen (zu vergl. § 71 Abs. 2 Satz 2 das., RJA. 1, 167; 3, 258; 5, 120). Die Möglichkeit, daß der Spar- und Kreditverein zu Z., der inzwischen in den Besitz des Hypothekenbriefs gelangt ist, die Hypothek einem gutgläubigen Dritten abgetreten hat (zu vergl. §§ 1154, 892 BGB.), steht der Eintragung eines Widerspruchs so lange nicht entgegen, als nicht der Nachweis des Ueberganges der Hypothek auf den Dritten in urkundlicher Form dem Grundbuchrichter erbracht worden ist. Auch die fernere Möglichkeit, daß die Beteiligten sich auf die Bestellung einer Hypothek ohne den Vorbehalt geeinigt haben könnten, wird nach Lage der Sache kaum in Betracht zu ziehen sein. Das Amtsgericht wird daher zugunsten des Beschwerdeführers, als des durch die Ein-

Digitized by Google

tragung der unbeschränkten und unbelasteten Hypothek in seinem Eigentumsrechte beeinträchtigten Eigentümers, einen Widerspruch einzutragen haben, wenn nicht etwa der Beschwerdeführer sich bereit erklären sollte, die Einwilligung des Hypothekengläubigers in die nachträgliche Eintragung des Rangvorbehalts in beglaubigter Form beizubringen. Im letzteren Falle würde es der vorherigen Einreichung des Hypothekenbriefs bedürfen (zu vergl. § 42 Abs. 1 Satz 1 GBO.), während die Eintragung eines Widerspruchs, der sich darauf gründet, daß eine Hypothek unrichtig eingetragen ist, von der vorherigen Beibringung des Hypothekenbriefs nicht abhängig gemacht werden darf (§ 42 Abs. 1 Satz 2 das.).

Zulässigkeit der Erweiterung einer eingetragenen Hypothek durch nachträgliche Festsetzung von Nebenleistungen, auch wenn diese nicht in Zinsen bestehen; Eintragung in der Weise, daß die Erweiternng bei der Hypothek vermerkt wird.

§§ 873, 877, 1119 BGB.

Kammergericht Berlin, 9. Juni 1906. — Bd. 7 S. 258.

Auf dem Grundstücke des Architekten M. zu C. steht für die Aktiengesellschaft B. in C. eine Darlehnshypothek von 56 000 Mark nebst Zinsen zu 5 Prozent und 1 Prozent Erhöhung für den Fall des Verzugs eingetragen und ferner unter der folgenden Nummer, aber mit der Darlehnshypothek im Range gleichstehend, auf Grund der dieser zugrunde liegenden Eintragungsbewilligung eine Sicherungshypothek von 2240 Mark „für die Vertragsstrafe von 2 Prozent, Verzugszinsen und Kosten". Nach dieser Hypothek stehen Hypotheken für andere Gläubiger eingetragen. In der notariellen Urkunde vom 17. März 1906 haben der Architekt M. und die genannte Gläubigerin bewilligt und beantragt: die Sicherungshypothek zu löschen und „zugleich bei der Darlehnshypothek" den Vermerk einzutragen, daß das verpfändete Grundstück kraft der Hypothek auch hafte für die in der Eintragungsbewilligungsurkunde vorgesehene Entschädigung von 2 Prozent des Darlehns im Falle verfrühter Heimzahlung und die nicht unter § 1118 BGB. fallenden Verzugszinsen, Kosten und Auslagen — diese sämtlichen Nebenleistungen „veranschlagt" auf $2^1/_2$ Prozent der Hauptsumme. Das Amtsgericht C. hat den Eintragungsantrag beanstandet, weil eine Erhöhung der Nebenleistungen bei der Darlehnshypothek gesetzlich unzulässig sei, selbst wenn auch die Zustimmung der nacheingetragenen Gläubiger beigebracht werden sollte; nach § 1119 BGB. könne das Hypothekenrecht durch Erhöhung des Zinssatzes erweitert werden, eine weitere Ausdehnung, wie vorliegend beabsichtigt, habe das Gesetz nirgends vorgesehen.

In der hiergegen eingelegten Beschwerde ist ausgeführt worden: Die Sicherungshypothek sei gleich 4 Prozent der Darlehnssumme, welche sich zusammensetzten aus 2 Prozent des Darlehnsbetrags als Entschädigung für eine etwaige frühzeitige Heimzahlung des Darlehns und aus 2 Prozent als Höchstbetrag gewisser Kosten. Diese Nebenleistungen seien bei Vornahme der Buchung deshalb als besondere Sicherungshypothek und nicht zugleich mit der Haupthypothek eingetragen worden, weil sie in dem Schuldtitel nicht gemäß § 1115 BGB. ihrem Geldbetrage nach angegeben gewesen seien. Jetzt sei dies ge-

Digitized by Google

schehen und stehe der zusätzlichen Eintragung der Nebenleistungen bei der Haupthypothek nichts entgegen. Allerdings sei, wie anerkannt werde, die Zustimmung der Nachhypothekengläubiger zu der Zusatzeintragung erforderlich. Das Amtsgericht aber habe die Zusatzeintragung überhaupt für unzulässig erklärt.

Die Beschwerde ist vom Landgericht zurückgewiesen worden. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht die Sache an das Amtsgericht zurückgewiesen. In den Gründen wird ausgeführt:

Es kann keinem Bedenken unterliegen, daß Hypothekenrechte durch nachträgliche Festsetzungen von Nebenleistungen erweitert werden können. Nach §§ 877, 873 BGB. kann der Inhalt eines Rechtes an einem Grundstücke geändert werden durch Einigung des Berechtigten und des andern Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch. Die Rechtsänderung kann in einer Einschränkung des Inhalts des Rechtes oder in einer Erweiterung der Befugnisse des Berechtigten bestehen. Dies gilt auch von Hypothekenrechten, da die §§ 877, 873 BGB. allgemeine Vorschriften für alle Rechte an Grundstücken geben. Um eine Aenderung des Inhalts des Hypothekenrechts, insbesondere um eine Erweiterung der Befugnisse des Hypothekengläubigers, handelt es sich aber, wenn, wie vorliegend, durch Einigung zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer für eine Hypothek weitere Nebenleistungen als die bisher eingetragenen festgesetzt werden. Es ist also eine solche Aenderung zulässig. Aus § 1119 BGB. ist nicht, wie das Amtsgericht meint, etwas Gegenteiliges zu entnehmen. Vielmehr setzt die dort gegebene Bestimmung, daß zu einer Aenderung der Zahlungszeit und des Zahlungsorts einer Hypothekenforderung sowie, wenn die Forderung unverzinslich oder der Zinssatz niedriger als 5 Prozent ist, zu einer Erweiterung der Hypothek dahin, daß das Grundstück für Zinsen bis zu 5 Prozent haftet, die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten nicht erforderlich ist, gerade als selbstverständlich voraus, daß die Erweiterung eines Hypothekenrechts allgemein zulässig ist, und es wird nur für die genannten besonderen Fälle der Erweiterung die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten für nicht erforderlich erklärt, also eine Ausnahme von dem Grundsatze bestimmt, daß eine Eintragung, durch welche die Rechte anderer eingetragener Berechtigten beeinträchtigt werden, nur mit Zustimmung dieser Berechtigten erfolgen darf. Vorliegend ist allerdings die Zustimmung der nacheingetragenen Hypothekengläubiger zu der Eintragung der Nebenleistungen notwendig. In der Urkunde vom 17. März 1906 ist zwar nicht ausdrücklich erklärt, daß die Nebenleistungen mit dem eingetragenen Hypothekenkapitale den gleichen Rang haben sollen; jedoch ist die hierauf gerichtete Absicht der Beteiligten ohne weiteres daraus zu entnehmen, daß die Nebenleistungen an die Stelle der Sicherungshypothek treten sollen, diese aber mit der Haupthypothek im Range gleichsteht (zu vergl. KGJ. 26 A, 140, 142). Es werden daher durch die Eintragung der das Hypothekenrecht erweiternden Nebenleistungen die Rechte der nacheingetragenen Hypothekengläubiger geschmälert. Jedoch hat auch der Beschwerdeführer in den beiden Beschwerden die Zustimmung der nacheingetragenen Hypothekengläubiger als erforderlich anerkannt und sich zur Beibringung der Zustimmungserklärungen bereit erklärt. Deshalb ist aus dem Fehlen der Zustimmungserklärungen nicht ein Grund zur

Digitized by Google

sofortigen Zurückweisung des Eintragungsantrags zu entnehmen, vielmehr ist, da dies Hindernis mit Rücksicht darauf, daß zugleich mit der Eintragung der Nebenleistungen die den nachstehenden Hypothekengläubigern vorgehende Sicherungshypothek gelöscht werden soll, leicht behebbar erscheint, dem Beschwerdeführer gemäß § 18 GBO. eine Frist zur Beibringung der Zustimmungserklärungen zu setzen.

Es fragt sich daher, ob die Nebenleistungen, wie von den Beteiligten begehrt wird, bei der Hypothek eingetragen werden können oder ob sie unter einer besonderen Nummer in der Hauptspalte der Abteilung III einzutragen sind, sowie, ob ihre Eintragung überhaupt zulässig ist, ob sie insbesondere solche Nebenleistungen sind, die, wenn sie schon bei der Eintragung der Hypothek festgesetzt gewesen wären, zugleich mit und bei der Hypothek hätten zur Eintragung gelangen können.

Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Grundbuchordnung enthalten keine Bestimmungen darüber, in welcher Weise und an welcher Stelle Aenderungen des Inhalts eines Hypothekenrechts in das Grundbuch einzutragen sind. Das Kammergericht hat bezüglich der Eintragung einer nachträglichen Erhöhung des Zinssatzes einer Hypothek ausgesprochen, daß, auch wenn der erhöhte Zinssatz über 5 Prozent hinausgeht, also ein Fall des § 1119 BGB. nicht vorliegt und die nachstehenden Hypothekengläubiger nicht der Zinserhöhung zustimmen, die neue Bestimmung wegen der Verzinsung nicht unter einer neuen Nummer, sondern bei der Hypothek in der Spalte „Veränderungen" mit dem Vermerk einzutragen sei, daß die Zinsen über 5 Prozent hinaus den folgenden Hypotheken im Range nachständen; aus der Natur der Zinserhöhung als einer Erweiterung des Hypothekenrechts folge, daß sie auch als eine Veränderung in den dazu bestimmten Spalten des Grundbuchs bei der Hypothek einzutragen sei. Das gleiche muß aber auch gelten, wenn ein Hypothekenrecht durch Eintragung nachträglich festgesetzter anderer Nebenleistungen als Zinsen erweitert werden soll. Alle Nebenleistungen einer Hypothekenforderung haben die gleiche rechtliche Natur, sie sind von dem Bestehen der Hauptforderung abhängig und sind neben den Leistungen zur Tilgung der Hauptforderung als Entschädigung für die Hingabe des Kapitals an den Gläubiger zu entrichten. In den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Hypothek werden auch mehrfach, so in den §§ 1115, 1145, 1158, 1159, 1160, 1178, Zinsen und andere Nebenleistungen als in gleicher Rechtslage befindlich nebeneinander gestellt. Bei nachträglicher Festsetzung einer jeden Art von Nebenleistungen bei einer Hypothek handelt es sich nicht um eine selbständige Neubelastung des Grundstücks, wie beispielsweise im Falle der Erhöhung des Hypothekenkapitals selbst, sondern um die Aenderung des Inhalts der einen Hypothek. Dieser Bedeutung entspricht es, daß die Eintragung der Nebenleistungen neben dem Eintragungsvermerk über die Hypothek erfolgt; denn dadurch wird aus dem Grundbuche deutlich erkennbar, daß der Inhalt der Hypothek durch nachträgliche Festsetzung der Nebenleistungen verändert worden ist. . . . Hiernach ist es, wenn nicht geboten, so doch jedenfalls zulässig, daß die in Rede stehenden nachträglich festgesetzten Nebenleistungen bei der fraglichen Hypothek in Spalte „Veränderungen" eingetragen werden (zu vergl. RJA. 1, 81; 3, 131; KGJ. 26 A, 140). Dies würde selbst dann gelten, wenn die nachstehenden Hypothekengläubiger ihre Zustimmung

Digitized by Google

zu der Eintragung nicht geben würden, mithin die Nebenleistungen als den folgenden Hypotheken im Range nachstehend einzutragen wären. Das Rangverhältnis eines Rechtes zu anderen eingetragenen Rechten ist darauf, in welcher Spalte die Eintragung des Rechtes zu erfolgen hat, ohne Einfluß. Soweit sich dasselbe nicht aus der Reihenfolge oder dem Datum der Eintragungen von selbst ergibt (§ 879 BGB.), wird es bei der Eintragung an beiden Stellen mitvermerkt. Es wäre daher, wenn die Nebenleistungen den folgenden Hypotheken nachstehen sollen, dieses Rangverhältnis bei der in Spalte Veränderungen zu bewirkenden Eintragung der Nebenleistungen und bei den folgenden Hypotheken miteinzutragen (RJA. 3, 248). Einer solchen Eintragung würde auch nicht entgegenstehen, daß die Nebenleistungen einen anderen Rang wie die zur Sicherung der Hauptforderung dienende Hypothek hätten. Denn alle einzelnen Bestandteile einer Hypothek können einen verschiedenen Rang im Verhältnisse zu anderen eingetragenen Rechten haben; insbesondere kann auch der Rang eines Hypothekenteils nachträglich geändert werden und es ist dann diese Aenderung ebenfalls in Spalte Veränderungen einzutragen (§ 880 BGB.).

Was sodann die Frage anlangt, ob die fraglichen Nebenleistungen, wenn sie bereits bei Bestellung der Hypothek hätten eingetragen werden sollen, durch Mitaufnahme in den Eintragungsvermerk über die Hypothek hätten zur Eintragung gebracht werden können, so ergibt sich in dieser Hinsicht ein Bedenken insofern, als die Nebenleistungen in einer Entschädigung für den Fall verfrühter Heimzahlung des Hypothekenkapitals und in den nicht unter § 1118 BGB. fallenden Verzugszinsen, Kosten und Auslagen bestehen und ihr Betrag nicht bestimmt angegeben, sondern insgesamt auf $2^1/_2$ Prozent der Hauptsumme „veranschlagt" ist, also diese $2^1/_2$ Prozent nur ihren Höchstbetrag darstellen. Der Entw. I BGB. (§ 1066) wollte die Haftung des Grundstücks für eine Hypothek auf die Hauptsumme, Zinsen und Kosten der Kündigung und Befriedigung beschränken und die Eintragung anderer Leistungen bei der Hypothek nicht zulassen. In den Motiven zu § 1066 (3, 650) wurde in dieser Hinsicht bemerkt: „Ein praktisches Bedürfnis für derartige Erweiterungen der Hypothek ist schwerlich erweisbar . . . Die Jahreszahlungen werden entweder auf das Kapital oder auf die Zinsen geleistet. Haben sie eine besondere Forderung zum Gegenstande, so kann für dieselbe besonders Hypothek bestellt werden. Für mögliche Schadensersatzforderungen des Gläubigers ist die Sicherungshypothek das geeignete Mittel zur Sicherstellung des Gläubigers." In der zweiten Kommission aber stand man auf einem anderen Standpunkte. Man erachtete es für unzuträglich, daß für die namentlich bei Darlehnen der Kreditanstalten mannigfachen anderen Nebenleistungen als Zinsen und die genannten Kosten, beispielsweise Zinsen für rückständig gebliebene Hypothekenzinsen, Vertragsstrafen für unpünktliche Zinszahlung, nach dem Entwurf I neben der für das Darlehn bestellten Hypothek besondere Sicherungshypotheken eingetragen werden müßten (Protokolle 3, 545). Deshalb wurden im § 1064 Entw. I (§ 1115 Abs. 1 BGB.) zu den durch Angabe des Zinssatzes im Eintragungsvermerke zur Eintragung zu bringenden Zinsen die „anderen Nebenleistungen" mit der Bestimmung hinzugefügt, daß der Geldbetrag derselben im Eintragungsvermerk anzugeben sei, und wurde ferner in einem neuen Absatze (§ 1115 Abs. 2 BGB.) bestimmt, daß bei den in öffentlich

Digitized by Google

bekannt gemachten Satzungen der Kreditanstalten festgesetzten „anderen Nebenleistungen" auch nicht einmal die Angabe des Geldbetrags im Eintragungsvermerk erforderlich sei, sondern die Bezugnahme auf die Satzung genüge. Damit ist zum Ausdrucke gebracht, daß, abgesehen von Nebenleistungen der genannten Satzungen, „andere Nebenleistungen" jeder Art in den Eintragungsvermerk über die Hypothek mit aufgenommen werden können, sofern nur ihr Geldbetrag angegeben werden kann, und daß besondere Hypotheken oder Sicherungshypotheken dafür nicht bestellt zu werden brauchen (RJA. 1, 119 und 3, 52). Es erscheint auch die Eintragung in Gestalt solcher besonderen Hypotheken von praktischen Gesichtspunkten aus unzweckmäßig. Diese Hypotheken würden sich nach dem Inhalte des Grundbuchs als selbständige Belastungen des Grundstücks darstellen, während sie sich tatsächlich nur über Nebenrechte eines andern Hypothekenrechts verhielten. Im Falle von Briefhypotheken würde der Brief über die Hypothek die Nebenleistungen nicht mit enthalten und also den Inhalt des Hypothekenrechts nicht vollständig kundgeben und bei Uebertragung der Hypothek könnte leicht übersehen werden, die besonders eingetragenen Nebenleistungen mit zu übertragen. Ferner könnten sich bei der Zwangsversteigerung aus der besonderen Eintragung der Hypothek und der Nebenleistungen vielfache Schwierigkeiten ergeben (zu vergl. Grohmann, Form der Eintragung der Kosten im Grundbuche im Sächs. Arch. 11, 302 ff., 314 ff.). Auch aus diesen Gründen und da keine Gesetzesbestimmung besteht, welche die Eintragung „anderer Nebenleistungen" irgendwelcher Art in Form besonderer Hypotheken vorschreibt, ist es angezeigt, alle Nebenleistungen ohne Unterschied in die Hypothekeintragung mit aufzunehmen. Voraussetzung hierfür ist allerdings gemäß der erwähnten Vorschrift des § 1115 Abs. 1 BGB., daß es möglich ist, den Geldbetrag der Nebenleistungen im Eintragungsvermerk anzugeben. Daß aber dieser Geldbetrag ein von vornherein und für alle Fälle feststehender ist, kann nicht erfordert werden. Wie nach § 1113 Abs. 2 BGB. die durch die Hypothek gesicherte Hauptforderung eine künftige oder eine bedingte sein kann, so kann auch die Nebenleistung bei ihrer Eintragung eine hinsichtlich ihrer Entstehung überhaupt oder hinsichtlich ihrer Höhe ungewisse, von dem Eintritte bestimmter Ereignisse abhängige sein. Nur muß immer die Eintragung der Nebenleistungen derart erfolgen können, daß der Zweck der Vorschrift des § 1115 Abs. 1 BGB., die wesentlichen die Forderung bestimmenden Momente und den Umfang der Belastung durch den Eintragungsvermerk selbst erkennbar zu machen (Motive 3, 641 ff.), erfüllt wird. Dazu genügt es aber, wenn die Nebenleistungen so geartet sind, daß ihre Eintragung zwar nicht einen auf alle Fälle geschuldeten Betrag, aber doch den möglichen Höchstbetrag der Haftung erkennen läßt. Der „Geldbetrag" der Nebenleistung ist dann im Eintragungsvermerke genügend kenntlich gemacht (zu vergl. RJA. 1, 119; 7, 154 u. 3, 52; OLGRspr. 8, 206). Dies gilt auch dann, wenn der Höchstbetrag in Prozenten des Kapitals angegeben ist, da sich aus dieser Angabe der Höchstbetrag der Haftung ohne Schwierigkeit berechnen läßt. Hiernach wäre es zulässig gewesen, daß die vorliegend auf höchstens $2^1/_2$ Prozent der Hypothekenkapitalien veranschlagten Nebenleistungen, bestehend in Vertragsstrafen für die verfrühte Heimzahlung der Kapitalien und in nicht unter § 1118 BGB. fallenden Verzugszinsen, Kosten und Auslagen, in die Hypothekeintragungen mit aufgenommen wurden,

Digitized by Google

wenn sie bei der Eintragung bereits vereinbart gewesen wären, und es kann daher ihre nachträgliche Festsetzung auch bei der Hypothek in Spalte „Veränderungen" zur Eintragung gebracht werden.

Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers. Pflicht des Grundbuchamts zu prüfen, ob die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist, auch wenn die Eintragung von dem eingetragenen Eigentümer beantragt und von dem neu einzutragenden Eigentümer bewilligt wird.

§§ 19, 20, 22 GBO.

Oberlandesgericht Stuttgart, 27. Juni 1906. — Bd. 7 S. 264.

Die Fabrikanten Ludwig und Max St. sowie die Witwe des Isak St. und deren fünf Kinder sind im Grundbuch nach Bruchteilen als Eigentümer mehrerer Grundstücke in C. eingetragen. Sie behaupten, diese Eintragung sei unrichtig; in Wirklichkeit gehörten diese Grundstücke zu dem Vermögen der unter der Firma St. & Cie. im Handelsregister eingetragenen offenen Handelsgesellschaft, deren Gesellschafter zur Zeit Ludwig und Max St., Manfred St. (ein Sohn des verstorbenen Isak St.) sowie der Kaufmann G. sind. Sie haben deshalb den Antrag gestellt, das Grundbuch dadurch zu berichtigen, daß an ihrer Stelle die Firma St. & Cie. als Eigentümerin der genannten Grundstücke eingetragen werde. Zur Begründung dieses Antrags sind öffentlich beglaubigte Auszüge aus dem Handelsregister und aus den Handelsbüchern der Firma St. & Cie. (aus dem Immobilien- und dem Mietekonto) sowie öffentlich beglaubigte Eintragsbewilligungen ihres mit öffentlich beglaubigten Vollmachten ermächtigten Bevollmächtigten, des Rechtsanwalts und öffentlichen Notars R., und der Firma St. & Cie. vorgelegt. Weiter ist vorgebracht, die Grundstücke seien nach früherem Rechte zu einem Teil in den Jahren 1878 bis 1880 durch konkludente Handlungen des Geschäftsgründers, des im Jahr 1880 verstorbenen S. L. St., Vaters, Schwieger- und Großvaters der Antragsteller, sowie durch eine im Jahr 1882 über dieselben Grundstücke zwischen der Witwe des Genannten und ihren drei Söhnen Isak, Ludwig und Max St. errichtete „Uebergabeurkunde" und schließlich durch einen im Jahre 1897 über die weiteren Grundstücke von den Brüdern Isak, Ludwig und Max St. abgeschlossenen Tauschvertrag für die Firma St. & Cie. erworben worden. Durch Beschluß des Grundbuchamts C. ist jedoch der gestellte Berichtigungsantrag zurückgewiesen worden, ebenso die Beschwerde hiergegen vom Landgericht mit der Begründung, daß der behauptete Eigentumserwerb der Firma St. & Cie. nicht genügend nachgewiesen sei.

Das Oberlandesgericht in Stuttgart hat auch der weiteren Beschwerde den Erfolg versagt aus folgenden Gründen:

Wenn mit der Aufstellung der Beschwerdeschrift, im Satz 1 des § 22 GBO. sei die Bewilligung eines Passivbeteiligten als genügende Grundlage einer Eintragung vorausgesetzt, gesagt sein soll, sobald eine Eintragung von demjenigen bewilligt sei, dessen Recht von ihr betroffen werde, habe der Grundbuchbeamte einem Antrag auf Vollzug der bewilligten Eintragung ohne weitere Prüfung der Richtigkeit des beantragten Eintrags stattzugeben, so ist das nicht richtig. Nach der Denkschrift und dem Kommissionsberichte haben die Vorschriften über die Berichtigung des Grundbuchs, worüber der Entwurf von

Digitized by Google

1889 noch nichts enthalten hatte, nur den Zweck, eine Erleichterung des Grundbuchverkehrs dadurch herbeizuführen, daß unter Einschränkung des Konsensprinzips in gewissen Fällen des Berichtigungsverfahrens eine Eintragung auch ohne Bewilligung desjenigen, dessen Recht von der Berichtigung betroffen wird, also auch ohne dessen Anhörung, gestattet sein soll. Dagegen ist im § 22 GBO. nichts darüber bestimmt, unter welchen Umständen einem Antrag auf Eintragung stattzugeben sei. Hierüber trifft § 19 GBO. Bestimmung, übrigens nicht in erschöpfender Weise, sondern so, daß die genauere Begrenzung der Voraussetzungen nach Inhalt und Form den übrigen gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmen ist. Irrig wäre es daher, wenn aus dem Wortlaute des § 19: „Eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird" der Rechtssatz entnommen würde, daß bei Bewilligung des Passivbeteiligten einem Antrag auf Eintragung ohne weiteres stattzugeben sei. Daß diese Auslegung nicht richtig sein kann, ergibt sich schon aus § 20 GBO., wonach bei Eintragung eines Wechsels in der Person des Eigentümers die im § 19 aufgestellte Voraussetzung jedenfalls dann nicht genügt, wenn es sich um einen Fall der Eigentumsübertragung durch Auflassung oder der Bestellung oder Uebertragung eines Erbbaurechts handelt. Hieraus ergibt sich aber für den hier vorliegenden Fall, in dem die eingetragenen Eigentümer die Eintragung eines anderen Eigentümers an ihrer Stelle bewilligen und beantragen und die einzutragende Eigentümerin die Eintragung bewilligt, die Verpflichtung des Grundbuchamts, die Vornahme der beantragten Eintragung von einer Prüfung darüber abhängig zu machen, ob nicht der Fall einer Auflassung vorliege. Kommt das Grundbuchamt bei dieser Prüfung zu dem Ergebnisse, daß der Einzutragende anders als durch ein unter den Beteiligten vorzunehmendes Rechtsgeschäft, die Auflassung, nicht habe Eigentümer werden können, so genügt die erklärte Eintragungsbewilligung der Beteiligten nicht, ist vielmehr demungeachtet Vornahme der Auflassung oder, falls solche zu anderer Zeit oder vor einer andern Behörde bereits erfolgt wäre, der Nachweis dieses Rechtsgeschäfts zu verlangen. Hieraus ergibt sich aber weiter, daß auch der Abs. 2 des § 22 GBO. nicht den Sinn haben kann, bei Uebereinstimmung aller Beteiligten dem Grundbuchamte die Prüfung der Frage, ob nicht der Fall einer Auflassung vorliege, unter allen Umständen abzunehmen oder gar zu untersagen. Im § 22 Abs. 2 ist nur die für das Berichtigungsverfahren durch Abs. 1 geschaffene Erleichterung einer Umgehung desjenigen, dessen Recht von der Berichtigung betroffen wird, eingeschränkt und für unanwendbar auf Fälle der Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers erklärt.

Nun machen aber die Beschwerdeführer geltend, ein Fall der Auflassung stehe nicht in Frage, der von ihnen behauptete Eigentumswechsel sei unter früherem Rechte durch Eigentumsübergabe erfolgt, das Grundbuch also durch diese unter den damaligen Beteiligten vollzogene Rechtsänderung unrichtig geworden und nunmehr entsprechend der wirklichen Rechtslage richtig zu stellen; da alle Beteiligten darüber einig seien, daß die Eigentumsübergabe erfolgt sei, und übereinstimmend und in gesetzlicher Form den Willen geäußert haben, daß das Grundbuch berichtigt werde, so sei das Grundbuchamt nicht befugt, noch einen anderweitigen Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs zu verlangen. Die Ausführung ist nicht richtig. Es ist dabei übersehen, daß ein

Digitized by Google

Berichtigungsverfahren (um das es sich im vorliegenden Fall unstreitig handelt) begrifflich den Nachweis in sich schließt, daß der vorhandene Eintrag im Grundbuch unrichtig und der verlangte neue Eintrag richtig ist. Dies folgt ohne weiteres aus der Einrichtung und dem Zwecke des Grundbuchs, das nach § 872 BGB. öffentlichen Glauben genießt und, um solches Vertrauen zu verdienen, die Bestimmung hat, die Rechte am Grund und Boden richtig und vollständig nachzuweisen. Wenn sich also der Grundbuchbeamte von der Richtigkeit eines Vorbringens Beteiligter nicht zu überzeugen vermag, so darf er nicht bestehender Zweifel ungeachtet oder gar im Widerspruche mit einer gegenteiligen Ueberzeugung eine Eintragung löschen und dafür eine neue Eintragung machen, die er nicht für richtig hält. Dies darf er selbst dann nicht tun, wenn alle Beteiligten übereinstimmend Löschung und neue Eintragung verlangen und darüber einig sind, daß der verlangte Eintrag richtig ist. Doch ist hierbei je nach der Grundlage einer beantragten Eintragung ein Unterschied zu machen. Gründet sich eine beantragte Eintragung auf solche Erklärungen, deren Verlautbarung, sei es, daß sie vor dem Grundbuchamt oder außerhalb erfolgt sind, eine Aenderung eingetragener Rechte nach sich zu ziehen geeignet ist, so wird dem Grundbuchbeamten für die Regel (wenn er nicht etwa Anlaß hat, die Zurechnungsfähigkeit des Erklärenden in Zweifel zu ziehen und dergl.) der Anlaß entzogen sein, in den Eintritt der behaupteten Rechtsänderung Zweifel zu setzen. Anders wenn die Angaben der Beteiligten nicht sowohl Erklärungen mit rechtsändernder Kraft als vielmehr bloße Aussagen über Wahrnehmungen von Vorkommnissen darstellen. Derartige Angaben wird der Grundbuchbeamte mit um so größerer Behutsamkeit prüfen, wenn mit der Möglichkeit eines Irrtums oder gar einer beabsichtigten Irreführung zu rechnen ist. Hiernach wird wohl in der Mehrzahl der Fälle eines Berichtigungsverfahrens durch die übereinstimmende Erklärung aller Beteiligten die Unrichtigkeit des vorhandenen Eintrags im Grundbuch und die Richtigkeit des beantragten neuen Eintrags ohne weiteres dargetan sein. Dies ist nicht allein dann der Fall, wenn ein Empfangsbekenntnis oder eine Abtretungserklärung des eingetragenen Hypothekengläubigers und dergleichen Erklärungen vorliegen, sondern es kann auch dann vorkommen, wenn die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers beantragt ist (§ 22 Abs. 2 GBO.). So z. B. wenn infolge Ausscheidens eines Gesellschafters die nach § 738 BGB. eingetretene Rechtsfolge einer Aenderung in den Personen, denen das Eigentum an einem zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstücke zusteht, durch Berichtigung des Grundbuchs zum Eintrag kommt (zu vergl. Kretschmar im ZBlZfG. 2, 630) oder auch wenn infolge Verwechselung gleichnamiger Grundbesitzer ein unrichtiger Eigentümer eingetragen ist und nun unter Verdeutlichung der bei dem Veräußerungsgeschäfte gebrauchten Namensbezeichnungen durch Erklärung aller Beteiligten die Richtigstellung herbeigeführt werden soll. Ein Fall solcher oder ähnlicher Art scheint der Entscheidung OLGRspr. 9, 332 zugrunde gelegen zu haben. Daß das Oberlandesgericht Colmar in der Entscheidung den Satz aufgestellt habe, bei vorliegender Zustimmung sowohl des eingetragenen als des einzutragenden Eigentümers sei die beantragte Eintragung des neuen Eigentümers unter allen Umständen und ohne Prüfung der wirklichen Sach- und Rechtslage vorzunehmen, ist ungeachtet der verallgemeinernden Wendungen in dieser Entscheidung schon im Hinblick auf

Digitized by Google

§ 20 GBO. nicht anzunehmen. Hiernach kommt eine Abweichung von der Entscheidung des Oberlandesgerichts Colmar und der Fall des § 79 Abs. 2 GBO. nicht weiter in Frage, wenn bei der Entscheidung der vorliegenden weiteren Beschwerde auf Grund obiger Darlegungen über die §§ 19, 22 GBO. davon ausgegangen wird, daß das Beschwerdegericht ungeachtet der von den Beteiligten abgegebenen Erklärungen mit Recht eine Prüfung darüber angestellt hat, ob die Angaben der Beteiligten über die Sach- und Rechtslage der Wahrheit entsprechen.

Löschung einer Hypothek, mit der ein zu einer Vorerbschaft gehörendes Grundstück belastet ist, auf Antrag des Vorerben. Erfordernis der Zustimmung der Nacherben, auch wenn der Vorerbe die Hypothek durch Zahlung aus eigenen Mitteln für sich erworben hatte, sowie der Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts, wenn einem der Nacherben zur Wahrung seiner Rechte ein Pfleger bestellt worden ist.

§§ 1812, 1915, 2113, 2114 BGB., § 27 GBO.

Kammergericht Berlin, 28. Juni 1906. — Bd. 7 S. 268.

Im Grundbuche von St. Bd. 4 Bl. Nr. 414 ist in Abt. III Nr. 21 eine Hypothek von 200 000 Mark für die B. C.-Aktienbank zu B. und unter Nr. 22 eine Hypothek von 65 000 Mark für den Journalisten P. in St. eingetragen. Zur Zeit der Eintragung war der Kaufmann S. zu St. Eigentümer des belasteten Grundstücks. Er ist am 3. Mai 1904 gestorben und laut des Erbscheins des Amtsgerichts St. vom 2. Juli 1904 von seiner Witwe Emmy S. als Vorerbin und von seinen neun Kindern als Nacherben beerbt worden. Die Witwe S. ist am 7. Februar 1906 als Eigentümerin des Grundstücks eingetragen. Gleichzeitig sind in Abteilung II unter Nr. 2 des Grundbuchs die Rechte der Nacherben vermerkt. Den drei jüngsten, noch minderjährigen Kindern ist in der Person des Direktors K. zu St. ein Pfleger zur Wahrung ihrer Rechte am Nachlaß ihres Vaters bestellt. In der Urkunde vom 17. März 1906 hat die B. C.-Aktienbank bekannt, auf ihre unter Nr. 21 eingetragene Forderung einen Teilbetrag von 30 000 Mark nebst Zinsen von dem Grundstückseigentümer gezahlt erhalten zu haben, und in dessen Löschung gewilligt. In der Urkunde vom 7. März 1906 hat der Journalist P. bekannt, auf seine unter Nr. 22 eingetragene Forderung einen Teilbetrag von 2500 Mark von der Grundstückseigentümerin Witwe Emmy S. erhalten zu haben und dessen Löschung bewilligt. In der Urkunde vom 26. März 1906 haben die Witwe S., der Pfleger K. im Namen seiner drei Pfleglinge, eine volljährige Nacherbin Clara B. geborene S. und deren Ehemann Architekt B., letzterer zugleich im Namen und in Vollmacht der übrigen fünf volljährigen Nacherben und, soweit diese Ehefrauen sind, ihrer Ehemänner beantragt, von der Hypothek N. 21 30 000 Mark und von der Hypothek Nr. 22 2500 Mark im Grundbuche zu löschen. Das Grundbuchamt hat den Antrag durch die Verfügung vom 21. April 1906 beanstandet, weil die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Löschungsantrags des Pflegers erforderlich sei.

Die Witwe S. und der Pfleger haben Beschwerde eingelegt, in der sie ausführen: Die Zustimmung der Nacherben sei überhaupt nicht erforderlich,

Digitized by Google

denn sie seien nicht Eigentümer des Grundstücks. Die zu löschenden Beträge seien von der Vorerbin bezahlt. Daß dies aus Erbschaftsmitteln geschehen sei, erhelle nicht. Die Hypotheken seien also in dem zu löschenden Betrag auf die Vorerbin übergegangen und gehörten nicht zur Erbschaft. Selbst wenn dies aber der Fall wäre, würde die Zustimmung der Nacherben entbehrlich sein, da ihr Recht auf das Grundstück durch die Löschnng von Hypotheken weder vereitelt noch beeinträchtigt würde. Mindestens sei die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich. Denn Eigentümergrundschulden seien nicht Rechte im Sinne des § 1812 BGB., kraft deren eine Leistung verlangt werden könne. Ihre Löschung enthalte daher keine Verfügung im Sinne des § 1812, sondern befreie nur das Grundstück von einer Belastung.

Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen; in den Gründen ist ausgeführt: Da die Hypotheken auf einem Nachlaßgrundstücke hafteten, so müsse angenommen werden, daß die Teilforderungen aus Mitteln der Erbschaft bezahlt und daß die Eigentümerhypotheken beziehungsweise Eigentümergrundschulden durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erworben seien. Sie seien deshalb dem Rechte der Nacherben unterworfen. Ihre Löschung beeinträchtige dieses Recht, weil sie den Nacherben die Möglichkeit entziehe, bei dem Eintritte der Nacherbfolge die Unwirksamkeit der Verfügung des Vorerben geltend zu machen und in anderer Weise über die Eigentümergrundschuld zu verfügen. Deshalb sei die Zustimmung der Nacherben zu der Löschung erforderlich. Die Notwendigkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Zustimmung des Pflegers ergebe sich aus §§ 1915, 1812 BGB., da Eigentümergrundschulden zu den Rechten gehörten, kraft deren eine Leistung verlangt werden könne, sobald sie mit dem Eigentume nicht mehr vereinigt seien.

Der Notar W. hat im Namen der Witwe S. weitere Beschwerde eingelegt. Er bezeichnet die Annahme, daß die Teilhypotheken aus Mitteln der Erbschaft gezahlt seien, als willkürlich und beantragt, das Amtsgericht anzuweisen, von seinem Bedenken Abstand zu nehmen.

Auch die weitere Beschwerde ist vom Kammergericht zurückgewiesen worden aus folgenden Gründen:

Es bedarf keiner Entscheidung, ob die Annahme des Landgerichts, daß die Vorerbin die zu löschenden Teilbeträge aus Mitteln der Erbschaft bezahlt hat, auf ausreichenden tatsächlichen Unterlagen beruht. Auch wenn angenommen wird, daß sie die Zahlung aus anderen Mitteln geleistet hat, ist die Zustimmung der Nacherben zu der beantragten Löschung unentbehrlich. Denn nach § 27 GBO. darf eine Hypothek nur mit Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks gelöscht werden. Diese Bestimmung beruht auf der Erwägung, daß durch die Löschung einer Hypothek — abgesehen von dem Falle der Berichtigung des Grundbuchs — vermöge der Vorschriften des BGB. über die Eigentümerhypothek das Recht des Eigentümers stets betroffen wird. Die Mitwirkung des Eigentümers zur Löschung wird also deshalb gefordert, weil die Löschung ihm die Möglichkeit entzieht, bei Eintritt der Voraussetzungen des § 1163 oder § 1168 BGB. die Hypothek als Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld zu erwerben. Seine Mitwirknng stellt sich demgemäß als eine Verfügung über die Hypothek, nämlich als eine unmittelbar auf ihre Beseitigung gerichtete Willenserklärung dar (zu vergl. KGJ. 22 A, 141). Da sie ein Ausfluß des Eigentums ist, kann sie wirksam nur von demjenigen ausgehen, dem die Verfügung über das Eigentum und damit, falls die Hypothek

Digitized by Google

zur Eigentümerhypothek oder Grundschuld werden sollte, die Verfügung über diese zustehen sollte. Steht die Verfügungsbefugnis einem anderen als dem Eigentümer zu, so ist die Zustimmung des anderen erforderlich und genügend (zu vergl. KGJ. 140, OLGRspr. 10, 70). Ist der Eigentümer in der Verfügung in der Weise beschränkt, daß er nur mit Zustimmung eines Dritten über die Eigentümerhypothek verfügen könnte, wenn sie entstände, so bedarf es auch der Zustimmung des Dritten zur Löschung. Gesetzt also selbst den Fall, daß die Hypotheken zur Zeit nicht zum Nachlasse gehörten, sondern der Witwe S. als eigenes, von dem Rechte der Nacherben freies Vermögen zuständen, so müßte doch wegen der Möglichkeit, daß sie künftig durch ihren Verzicht oder in sonstiger Weise als Eigentümerhypotheken oder Grundschulden in den Nachlaß fallen können, die Zustimmung der Nacherben zur Löschung gefordert werden, weil nach §§ 2114, 2113 BGB. der Vorerbe eine Nachlaßhypothek nur mit Zustimmung der Nacherben löschen lassen kann (zu vergl. RJA. 6, 69). Ein Grund, die Eigentümerhypotheken oder Grundschulden nicht zu den Hypotheken und Grundschulden im Sinne des § 2114 BGB. zu rechnen, besteht nicht. Denn, wie man sie auch rechtlich konstruieren mag, so ist doch soviel sicher, daß das BGB. sie als Hypotheken und Grundschulden bezeichnet und die aus ihnen fließenden Rechte in den §§ 1197, 1177 nicht durch Aufzählung im einzelnen, sondern durch Ausscheidung einiger, dem fremden Grundschuldgläubiger zustehenden Rechte bestimmt. Der Eigentümer als Inhaber einer Hypothek oder Grundschuld hat danach namentlich das Recht, bei der Verteilung der Kaufgelder im Falle einer gerichtlichen Zwangsversteigerung die Hypothek oder Grundschuld für sich geltend zu machen. Der gesetzlichen Anwartschaft auf dieses Recht gehen die Nacherben des Nachlasses, zu dem das belastete Grundstück gehört, durch die Löschung einer Hypothek verlustig. Der Antrag der Vorerbin auf Löschung enthält deshalb eine Verfügung über die Hypothek oder Grundschuld, durch welche im Falle des Eintritts der Nacherbfolge das Recht der Nacherben vereitelt werden würde.

Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich, daß die durch den Pfleger der minderjährigen Nacherben abgegebene Zustimmung zur Löschung nach den §§ 1915, 1812 BGB. mangels des Vorhandenseins eines Mit- oder Gegenpflegers der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Denn die künftige Eigentümerhypothek oder Grundschuld, über welche durch die Zustimmung verfügt wird, ist, da sie im Zwangsversteigerungsverfahren Anspruch auf den Versteigerungserlös gibt, ein Recht im Sinne des § 1812 BGB., kraft deren eine Leistung verlangt werden kann.

Zulässigkeit einer Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur näheren Bezeichnung des Inhalts eines Pfandrechts, mit dem eine Hypothek belastet werden soll; Notwendigkeit der Bezeichnung der Forderung, für welche das Pfandrecht bestellt ist, im Grundbuche. Unzulässigkeit der Verbindung der Verpfändungserklärung mit dem Hypothekenbriefe.

§ 874 BGB., § 26 Abs. 2, § 57 Abs. 1 Nr. 3, § 62 GBO.

Kammergericht Berlin, 28. Juni 1906. — Bd. 7 S. 271.

Auf dem Grundstücke des Bergmanns B. steht eine Restbaugeldforderung von 3000 Mark nebst Zinsen für die offene Handelsgesellschaft Gebrüder C.

Digitized by Google

zu L. als Briefhypothek eingetragen. Mittels Eingabe vom 21. Januar 1906 reichte die R.-W. B. Aktiengesellschaft den Hypothekenbrief nebst einer am 21. November 1905 errichteten Urkunde zu den Grundakten ein mit dem Antrage, dem in der Urkunde gestellten Eintragungsverlangen stattzugeben, eine Abschrift der Urkunde bei den Akten zu behalten und die Urkunde selbst sowie den Hypothekenbrief ihr wieder zuzustellen. Die Urkunde enthielt die Erklärung der offenen Handelsgesellschaft Gebrüder C., sie stehe mit der R.-W. B. Aktiengesellschaft in Geschäftsverbindung und genieße bei derselben Kredit in laufender Rechnung gegen Vergütung von Zinsen, Provision und Spesen nach Vereinbarung; zur Sicherheit aller und jeder jetzigen und späteren Forderungen aus diesem Kreditverhältnisse, mögen dieselben bereits entstanden sein oder in der Folge noch entstehen, namentlich auch zur Sicherheit jedes Ausfalls, den die R.-W. B. Aktiengesellschaft etwa an ihrer jetzigen oder späteren Forderung an sie, die Firma Gebrüder C., erleiden könnte, bestelle sie hiermit der R.-W. B. Aktiengesellschaft fünf eingetragene Forderungen nebst Zinsen, darunter auch die oben bezeichnete Hypothek von 3000 Mark, zum Pfande und ermächtige die R.-W. B. Aktiengesellschaft, sich aus den verpfändeten Forderungen samt Zinsen bezahlt zu machen, und bewillige und beantrage die Eintragung der Verpfändung in das Grundbuch sowie die Aushändigung der Hypothekenbriefe an die R.-W. B. Aktiengesellschaft. Es folgten weitere Bestimmungen über die Art der Geltendmachung des Pfandrechts und über das Kreditverhältnis, die Erklärung der R.-W. B. Aktiengesellschaft, daß sie die Erklärungen der Gebrüder C. annehme und die Hypothekenbriefe ausgehändigt erhalten habe, endlich die in § 1280 BGB. vorgesehene Anzeige an die Hypothekenschuldner.

Das Amtsgericht in C. trug bei der Post folgenden Vermerk in Spalte Veränderungen ein:

> Nebenstehende Post ist der R.-W. B. Aktiengesellschaft zu B. in Gemäßheit der Urkunde vom 21. November 1905, auf die verwiesen wird, verpfändet. Eingetragen am 2. März 1906.

Zugleich ordnete es an, daß die Eintragung auf dem Hypothekenbriefe vermerkt, die Urkunde vom 21. November 1905, nach Zurückbehaltung einer beglaubigten Abschrift bei den Akten, mit dem Brief verbunden und sodann der Brief an die R.-W. B. Aktiengesellschaft gesandt werde.

Nach Empfang des Briefes legte die R.-W. B. Aktiengesellschaft mit dem Antrage Beschwerde ein, das Grundbuchamt anzuweisen, in dem Eintragungsvermerke vom 2. März 1906 die Worte „auf die verwiesen wird" zu löschen und dementsprechend die durch Siegel und Schnur bewirkte Verbindung der Verpfändungsurkunde mit dem Hypothekenbriefe zu entfernen. Zur Begründung führte sie aus, bei Eintragung einer Verpfändung fehle es für die Verweisung auf die Eintragungsbewilligung sowohl an einem Grunde wie an einer gesetzlichen Vorschrift. Würden alle fünf Hypothekenbriefe mit der Verpfändungsurkunde vereinigt werden, so sei sie außer stande, ihr Pfandrecht im Falle des Bedarfs rechtzeitig hinsichtlich aller Hypotheken zu verwirklichen.

Das Amtsgericht legte die Beschwerde dem Landgerichte vor und bemerkte dabei, es habe zur Vermeidung der Eintragung sämtlicher Bestimmungen über die Verpfändung, seiner Ansicht nach zulässigerweise auf die Eintragungs-

Digitized by Google

bewilligung Bezug genommen und dementsprechend den Vermerk auf dem Hypothekenbriefe formuliert; es sei jedoch bereit, statt der Urschrift eine beglaubigte Abschrift der Verpfändungsurkunde mit dem Hypothekenbriefe zu verbinden. Das Landgericht in D. war der Ansicht, daß die Beschwerde sich ihrer Begründung nach lediglich gegen die Verbindung der Urschrift der Verpfändungserklärung mit dem Hypothekenbriefe richte und daß der Ersatz der Urschrift durch eine beglaubigte Abschrift der Beschwerde abhelfen werde; es gab deswegen dem Amtsgericht anheim, bei der Beschwerdeführerin dieserhalb anzufragen. Das Amtsgericht tat letzteres, die Beschwerdeführerin erklärte jedoch, daß sie jeder Verbindung der Urkunde mit dem Hypothekenbriefe widerspreche und daß sie, wenn die Urschrift durch eine beglaubigte Abschrift ersetzt werden solle, ihre Beschwerde aufrecht erhalte. Nunmehr wies das Landgericht die Beschwerde zurück.

Mit der weiteren Beschwerde machte die R.-W. B. Aktiengesellschaft unter Wiederholung ihrer früheren Ausführungen und unter Hinweis darauf, daß inzwischen das Amtsgericht eine beglaubigte Abschrift der Verpfändungsurkunde statt der Urschrift mit dem Hypothekenbriefe verbunden habe, geltend, eine Verletzung ihrer Interessen liege in der Verursachung unnötiger Kosten, in der unnützen Beschwerung ihrer Akten, in der Verringung der Uebersichtlichkeit und in der Erschwerung des Verkehrs mit dem Grundbuchamte.

Das Kammergericht hat auf die weitere Beschwerde das Amtsgericht angewiesen, die beglaubigte Abschrift der Verpfändungsurkunde von dem Hypothekenbriefe zu trennen und den Eintragungsvermerk nach Maßgabe der folgenden Gründe zu vervollständigen.

Die Beschwerdeführerin verlangt in erster Linie die Streichung der in dem Eintragungsvermerke vom 2. März 1906 enthaltenen Worte: „auf die verwiesen wird". Sie fordert dies zwar offensichtlich in der Annahme, daß der Fortfall der bezeichneten Worte die von ihr in zweiter Reihe begehrte Lostrennung der Verpfändungsurkunde vom 21. November 1905 von dem Hypothekenbriefe zur Folge haben müsse, ihr Verlangen hat jedoch seine selbständige Bedeutung. Nach § 874 BGB. kann bei der Eintragung eines Rechtes, mit dem ein Grundstück belastet wird, zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Ob das gleiche auch von der Eintragung der Belastung eines solchen Rechtes gilt, ist streitig. Verneint wird die Zulässigkeit der Bezugnahme von Güthe (GBO. 869 Anm. 8), Männer (Sachenrecht, (2) 112), Predari (120), Staudinger-Kober (§ 874), Turnau-Förster (2) 1, 118 Anm. 3) und Willenbücher (Liegenschaftsrecht zu § 874); bejaht wird sie von Biermann (Sachenrecht, Anm. zu § 874), Fuchs (Grundbuchrecht, § 874), Oberneck (3) 1, 273) und Planck (zu § 874 Anm. 3). Die verneinende Ansicht stützt sich auf den Wortlaut des § 874 BGB., der im Gegensatze zu dem vorausgehenden § 873 nur von der Belastung eines Grundstücks, nicht auch von der Belastung einer Belastung spricht; für die bejahende Meinung wird geltend gemacht, daß der Zweck des § 874, die Grundbuchführung zu erleichtern und die Uebersichtlichkeit des Grundbuchs zu erhalten, dazu führen müsse, die Bezugnahme auch bei der Eintragung der Belastung eines eingetragenen Rechtes zu gestatten. Die letztere Meinung verdient den Vorzug. Im Anschluß an den § 76

Digitized by Google

PrGBO. enthielt Entw. I BGB. eine Reihe von Einzelbestimmungen, welche zur näheren Bezeichnung des Inhalts eines Rechtes die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zuließen, so beim Erbbaurechte (§ 962 Abs. 2 Satz 2), bei der Grunddienstbarkeit (§ 969), beim Nießbrauche (§ 982), bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§§ 1048, 969), bei der Reallast (§ 1054) und bei der Hypothek (1064). Bei der zweiten Lesung wurden sodann diese Einzelbestimmungen durch die allgemeine Vorschrift des § 795 des Entwurfs II ersetzt, der als § 874 in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen ist. In der Kommission wurde zwar eine Sondervorschrift für die Vormerkung für erforderlich erachtet, weil die Vormerkung keine Grundstücksbelastung sei; aus dieser Begründung des jetzigen § 885 Abs. 2 BGB., die lediglich die Nichtdinglichkeit der Vormerkung betont, darf jedoch nicht gefolgert werden, daß man die entsprechende Anwendung des § 874 auf andere dingliche Rechte als solche am Grundstücke selbst für unzulässig erachtet hätte. Auf Wortlaut und Stellung des § 874 ist entscheidendes Gewicht nicht zu legen. Der Wortlaut schließt sich ganz den Einzelbestimmungen des Entwurfs I an, die verallgemeinert werden sollten, und es erhellt nicht, daß man mit der Nebeneinanderstellung der §§ 873, 874 den besonderen Zweck verfolgt hätte, die Statthaftigkeit der Bezugnahme einzuschränken. Der inneren Bedeutung des § 874 würde aber die Beschränkung auf unmittelbare Belastungen des Grundstücks zweifellos zuwiderlaufen. Als Belastungen eingetragener Rechte kommen der Nießbrauch und das Pfandrecht in Betracht. Beide unterliegen in gewissem Umfange der Abänderung ihres gesetzlichen Inhalts durch Vereinbarung der Beteiligten. Namentlich kann der Inhalt des Pfandrechts an einer Hypothekenforderung vom Gesetz abweichend (§ 1284 BGB.) und unter Umständen so vereinbart werden, daß die urkundliche Darstellung der Vereinbarung nicht ohne die Wiedergabe des Inhalts der Hypothekenforderung möglich ist. Wollte man hier die Eintragung des vollständigen Inhalts des Pfandrechts fordern, so würde der Zweck des § 874 BGB. geradezu vereitelt werden (zu vergl. RJA. 4, 270). Das Pfandrecht bedarf aber der Eintragung so, wie es unter den Beteiligten vereinbart worden ist. Bei der Buchhypothek erhellt dies ohne weiteres aus § 1274 Abs. 1 Satz 1 BGB., wonach die Bestellung des Pfandrechts an einem Rechte den für die Uebertragung des Rechtes geltenden Vorschriften folgt, und aus § 1154 Abs. 3 in Verbindung mit § 873 daselbst, wonach das Pfandrecht nur durch die Eintragung der Verpfändung der Buchhypothek in das Grundbuch zur Entstehung gelangt. Bei der Briefhypothek liegt die Sache zwar insofern anders, als hier das Pfandrecht durch Erteilung der Verpfändungserklärung in schriftlicher Form und durch Uebergabe des Hypothekenbriefs begründet werden kann (§ 1274 Abs. 1, § 1154 Abs. 1 BGB.). Ein Einfluß auf die Fassung des Eintragungsvermerkes ist jedoch diesem Umstande nicht beizumessen, wie schon die Bestimmung des § 1154 Abs. 2 ergibt. Das Grundbuch würde unrichtig werden, wenn die Eintragung des Pfandrechts an einer Briefhypothek den Inhalt des Pfandrechts nicht genau der Vereinbarung entsprechend — sei es vollständig, sei es durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung — wiedergäbe. Die Bezugnahme ist aber auch bei der Eintragung der Belastung eines Rechtes nur in dem im § 874 des BGB. vorgesehenen Umfange zulässig;

Digitized by Google

sie darf also immer nur zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes erfolgen. Der Inhalt des Rechtes muß im Grundbuche selbst angegeben werden, bloß die nähere Bezeichnung kann im Wege der Bezugnahme geschehen. Daraus ergibt sich für den vorliegenden Fall, daß der Eintragungsvermerk vom 2. März 1906 den gesetzlichen Erfordernissen nicht genügt. Das Pfandrecht ist kein selbständiges Recht, es dient zur Sicherung einer Forderung; zu seiner Bezeichnung im Grundbuche selbst ist daher unter allen Umständen auch die Angabe der Forderung, für die es bestellt worden, erforderlich. Im § 84 Abs. 2 PrGBO. war dies ausdrücklich vorgeschrieben. Die Reichsgrundbuchordnung hat zwar eine ebensolche Bestimmung nicht, im § 26 Abs. 2 wird jedoch mit den Worten:

„wenn . . . . die Uebertragung oder Belastung einer Forderung, für die ein eingetragenes Recht als Pfand haftet, eingetragen werden soll"

die Notwendigkeit der Eintragung der Forderung unzweideutig vorausgesetzt. Das Amtsgericht wird daher den bis jetzt inhaltlosen Eintragungsvermerk durch die Bezeichnung der zu sichernden Forderung zu ergänzen haben und nur zur näheren Bezeichnung auf die Eintragungsbewilligung verweisen dürfen . . . .

Was sodann den Antrag auf Trennung der Verpfändungsurkunde von dem Hypothekenbrief anlangt, so ist dieser auf alle Fälle gerechtfertigt, mag in dem Eintragungsvermerk auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden oder nicht. Mit dem Hypothekenbrief ist nach § 58 GBO. nur die Urkunde über die Forderung, für welche die Hypothek besteht, und, wenn der Inhalt der Forderung nachträglich verändert wird, auch die Urkunde über die Aenderung zu verbinden (zu vergl. RJA. 3, 207 u. 6, 75). Dagegen werden Abtretungs- oder Verpfändungserklärungen, die den Inhalt der hypothekarisch gesicherten Forderung unberührt lassen, dem Briefe jetzt ebensowenig wie früher angeheftet. Diese Urkunden sind nach § 9 GBO. in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift zu den Akten zu nehmen. Wird bei der Eintragung einer Verpfändung der Hypothek auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen, so genügt nach § 62 GBO. der Vermerk der Eintragung auf dem Hypothekenbriefe. Die Eintragung muß, wie oben gezeigt, die Verpfändung, den Pfandgläubiger und dessen Forderung bezeichnen. Diese Angaben reichen aber zur brieflichen Darstellung der Rechtsverhältnisse der Hypothek vollständig aus. Der Vermerk der Verpfändung auf dem Briefe hat nicht die Bedeutung eines Briefes über das die Hypothek belastende Pfandrecht. Der im Wege der Bezugnahme eingetragene nähere Inhalt des Pfandrechts ist für die Rechtsgestaltung der Hypothek ohne Bedeutung und bedarf daher der Aufnahme in den Hypothekenbrief gemäß § 57 Nr. 3 GBO. nicht.

Pflicht des Grundbuchamts zur Umschreibung eines Grundstücks auf den Namen eines unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes, auch wenn der Vater die Auflassung ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts entgegengenommen hat und dem Grundbuchamte bekannt ist, daß die Auflassung zum Zwecke der Erfüllung einer dem Auflassenden dem Kinde gegenüber obliegenden Verbindlichkeit erfolgen sollte.

§§ 873, 925, 1643, § 1821 Abs. 1 Nr. 2 BGB.

Oberstes Landesgericht München, 30. Juni 1906. — Bd. 7 S. 276.

Der am 28. März 1906 in M. verstorbene Rentner Johann Baptist H. wurde auf Grund Testaments von seiner Ehefrau Therese H. zur Hälfte und

Digitized by Google

von seinen Töchtern Marie H. und Therese, verehelichte Z., zu je einem Vierteile des Nachlasses beerbt. In dem Testament ist bestimmt, daß von den zum Nachlasse gehörenden Grundstücken der Ehefrau H. ein Viertelanteil, der Marie H. drei Achtelanteile, der Therese Z. ein Viertelanteil als Vorbehaltsgut und deren Kindern Marietta und Franz Joseph Z. je ein Sechzehntelanteil zufallen sollen. Mit notarieller Urkunde vom 25. April 1906 beantragten die Erben auf Grund des ihnen von dem Amtsgerichte M. als Nachlaßgericht erteilten Erbscheins die Berichtigung des Grundbuchs, sodann erklärten sie und Franz Z. als gesetzlicher Vertreter seiner Kinder Marietta und Franz Joseph, „im Vollzuge der von Johann Baptist H. getroffenen Vorausvermächtnis- und Vermächtnisbestimmungen je mit Zustimmung der übrigen Beteiligten" das Eigentum an den Grundstücken zu den im Testamente bestimmten Anteilen zu übernehmen und „in gegenseitiger Einigung über den Eigentumsübergang" die Eintragung in das Grundbuch zu bewilligen und zu beantragen. Das Grundbuchamt des Amtsgerichts M. lehnte die Eintragung ab, weil die nach § 1643 und § 1821 Abs. 1 Nr. 2 BGB. erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht beigebracht sei.

Franz Z. legte als gesetzlicher Vertreter seiner Kinder Beschwerde ein und führte zur Begründung seines Antrags, das Grundbuchamt zur Bewirkung der Eintragung ohne Rücksicht auf vormundschaftsgerichtliche Genehmigung anzuweisen, aus, da der Vater nach § 1643 BGB. zum entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks für das Kind nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfe, so könne die Genehmigung auch nicht erforderlich sein, wenn der Erwerb auf Grund unentgeltlicher Zuwendung erfolgt, die Berichtigung der Forderung auf Uebertragung des Eigentums an dem Grundstücke müsse ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts möglich sein, wenn die Forderung ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts hat erworben werden können. Die Annahme der geschuldeten Leistung sei nicht eine Verfügung über die Forderung, die mit der Erfüllung unabhängig von dem Willen des Gläubigers kraft des Gesetzes erlösche.

Das Landgericht hat die Beschwerde mit der Begründung zurückgewiesen, die Annahme der Auflassungserklärung enthalte eine Verfügung über die Vermächtnisforderung der Z.'schen Kinder, zu der der Vater der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfe; der außerhalb des Erfüllungsgeschäfts liegende Umstand, daß die Kinder die Forderung ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erworben haben, sei belanglos. Auf die weitere Beschwerde hat das Bayerische Oberste Landesgericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen das Amtsgericht zu anderweitiger Verfügung angewiesen aus folgenden Gründen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie das Kammergericht Berlin in einem Beschlusse vom 14. April 1902 RJA. 3, 61 ausgesprochen hat, die sich aus dem § 1643 Abs. 1 BGB. ergebende Befugnis des Vaters zum selbständigen Erwerbe von Forderungen, die auf Uebereignung eines Grundstücks gerichtet sind, die notwendige Folge hat, daß auch der die Uebereignung bewirkende dingliche Vertrag nicht an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden ist. Denn auch wenn der Vater nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die Forderung des Kindes dadurch zum Erlöschen bringen kann, daß er die ihm von dem Schuldner als Erfüllung der Ver-

Digitized by Google

bindlichkeit angebotene Uebereignung des Grundstücks als Erfüllung annimmt und damit im Sinne des § 1821 Abs. 1 Nr. 2 über die Forderung verfügt (zu vergl. §§ 1812, 1813 BGB.), hat die Unwirksamkeit der Erfüllung doch nicht die Unwirksamkeit der Uebereignung zur Folge. Die Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück erfolgt nach § 873 Abs. 1 und § 925 Abs. 1 durch die Einigung der Beteiligten über den Eigentumsübergang und dessen Eintragung in das Grundbuch. Die Einigung erfordert, abgesehen von der für die Auflassung im § 925 Abs. 1 vorgeschriebenen Form, nicht mehr als das Anerbieten der Eigentumsübertragung und dessen Annahme. Das Rechtsgeschäft, das den rechtlichen Grund der Eigentumsübertragung bildet, ist nicht Bestandteil der Auflassung, die Unwirksamkeit dieses Rechtsgeschäfts läßt deshalb die Wirksamkeit der den gesetzlichen Erfordernissen entsprechenden Auflassung unberührt, sie hat nur die Folge, daß der Empfänger, der das Eigentum an dem Grundstück ohne rechtlichen Grund erlangt, nach § 872 Abs. 1 zur Herausgabe verpflichtet ist. Wird das Eigentum zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit dem gesetzlichen Vertreter des Gläubigers übertragen, der in Ermangelung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht befugt ist, die Eigentumsübertragung als Erfüllung anzunehmen und in Gemäßheit des § 368 Quittung zu erteilen, so bewirkt die Eigentumsübertragung nicht in Gemäßheit des § 362 das Erlöschen des Schuldverhältnisses, der mit der Leistung bezweckte Erfolg tritt nicht ein, aber der Uebergang des Eigentums wird dadurch nicht gehemmt.

Die Unabhängigkeit der Auflassung von dem ihren rechtlichen Grund bildenden Rechtsgeschäfte bringt es mit sich, daß das Grundbuchamt es nur mit der Auflassung zu tun und sich mit dem den rechtlichen Grund bildenden Rechtsgeschäfte nicht zu befassen hat (zu vergl. RJA. 7, 55; OLGRspr. 12, 308).

Im vorliegenden Falle hatte daher das Grundbuchamt nur zu prüfen, ob die an Franz Z. als gesetzlichen Vertreter seiner Kinder erfolgte Auflassung wirksam ist, und ist dadurch, daß die Vorinstanzen die Eintragung für unstatthaft erachtet haben, weil Franz Z. nicht befugt sei, ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts über die Vermächtnisforderung seiner Kinder zu verfügen, das Gesetz verletzt worden. Infolgedessen müssen ihre Entscheidungen aufgehoben und muß das Grundbuchamt angewiesen werden, auf den gestellten Antrag anderweit zu verfügen.

Bestellung eines Pflegers zur Besorgung einzelner Angelegenheiten für einen nicht unter Vormundschaft stehenden, infolge von Geisteskrankheit geschäftsunfähigen Volljährigen. Zulässigkeit der Bestellung ohne Einwilligung des Geisteskranken.

§ 104 Nr. 2, § 1910 BGB.

Reichsgericht IV. Zivilsenat, 10. Mai 1906. — Bd. 8 S. 1.

Das Amtsgericht in D. bestellte dem nach dem Gutachten des Medizinalrats Dr. H. geisteskranken und infolge dieses Gebrechens zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten unfähigen früheren Bierverleger B. in D. ungeachtet seines Widerspruchs am 16. Dezember 1905 einen Pfleger behufs Wahrnehmung seiner Vermögensangelegenheiten. Die von B. eingelegte Beschwerde wurde durch den Beschluß des Landgerichts in D. mit der Begründung

Digitized by Google

zurückgewiesen, daß er geisteskrank sei, daß es seiner Einwilligung zur Anordnung der Pflegschaft nach § 1910 Abs. 3 BGB. nicht bedürfe, weil er nach § 104 Nr. 2 BGB. außerstande sei, eine rechtswirksame Erklärung abzugeben, und daß aus demselben Grunde auch sein Antrag auf Aufhebung der Pflegschaft der ihm sonst nach § 1920 BGB. zukommenden Wirkung ermangele. B. erhob hiergegen zu Protokoll des Gerichtsschreibers des Landgerichts in D. am 1. März 1906 weitere Beschwerde mit dem Antrage, die Pflegschaft aufzuheben. Das Kammergericht zu Berlin legte diese Beschwerde auf Grund des § 28 FG. dem Reichsgerichte zur Entscheidung vor, indem es ausführte: Der § 1910 Abs. 3 BGB. werde von ihm dahin ausgelegt, daß eine Verständigung mit einem geistig Gebrechlichen nicht schon dann unmöglich sei, wenn er sich in dem Zustande des § 104 Nr. 2 BGB. befinde und deshalb geschäftsunfähig sei, auch nicht schon dann, wenn er in Beziehung auf diejenigen Angelegenheiten, zu deren Besorgung ein Pfleger bestellt werden solle, unter der Herrschaft von Wahnvorstellungen stehe, die seine freie Willensbestimmung ausschließen, sondern nur dann, wenn es nicht möglich sei, ihm die Bedeutung der Pflegschaft verständlich zu machen, und wenn er nicht imstande sei, seine Einwilligung in die beabsichtigte Maßregel oder seinen Widerspruch dagegen verständlich zu äußern. Von dieser Auslegung des § 1910 BGB. aus würde es der weiteren Beschwerde stattgeben und die Pflegschaft aufheben. Denn die Protokolle vom 9. Dezember 1905 und 1. März 1906 ließen keinen Zweifel daran zu, daß eine Verständigung mit dem Beschwerdeführer in dem bezeichneten Sinne möglich sei. An dem Erlasse der beabsichtigten Entscheidung sei es dadurch gehindert, daß das Oberste Landesgericht in München in seinem Beschlusse vom 6. Mai 1905 (RJA. 6, 27; KGJ. 30, 295) die weitere Beschwerde gegen die Anordnung einer Pflegschaft auf Grund des § 1910 Abs. 2 BGB. mit der Begründung zurückgewiesen habe, daß eine Verständigung mit dem Beschwerdeführer nicht möglich sei, weil er in der Frage, ob er der Anordnung der Pflegschaft zustimmen solle, unter der Herrschaft von Wahnvorstellungen stehe, die seine freie Willensbestimmung ausschlössen. Wenn diese Auslegung des § 1910 zuträfe, so würde auch die weitere Beschwerde des B. zurückzuweisen sein, da die tatsächlichen Voraussetzungen in Beziehung auf die Angelegenheiten, für deren Besorgung der Pfleger bestellt sei, nach dem ärztlichen Gutachten und dem Inhalte der Beschwerdeschriften augenscheinlich zuträfen.

Das Reichsgericht hat die angefochtene Entscheidung aufgehoben, da die grundlegende Annahme des Landgerichts D., daß B. in dem Maße des § 104 Nr. 2 geistesgestört sei, der ausreichenden Begründung entbehre und es nicht ersichtlich sei, daß bei dieser Annahme von einer rechtlich zutreffenden Auslegung des § 104 Nr. 2 ausgegangen wurde. Im übrigen wird in den Gründen ausgeführt:

Sowohl das Königliche Kammergericht zu Berlin wie das Königlich Bayrische Oberste Landesgericht zu München gehen davon aus, daß auch dem nach Maßgabe des § 104 Nr. 2 Geschäftsunfähigen auf Grund des § 1910 Abs. 2 BGB. ein Pfleger bestellt werden kann. Dieser Ausgangspunkt ist zutreffend. Auch der Entscheidung des Reichsgerichts vom 6. Oktober 1902 (52, 240 ff.) liegt die Auffassnng zugrunde, daß allgemein für geistig Gebrechliche, gleichviel wie im Einzelfalle die geistige Gebrechlichkeit geartet ist,

Digitized by Google

die Bestellung eines Pflegers nach § 1910 Abs. 2 zulässig ist, möchte auch in dieser Entscheidung gemäß der damaligen Lage des Falles die Zulässigkeit der Pflegschaft unmittelbar nur im Anschluß an § 6 Nr. 1 BGB. erörtert sein. Hält man hiernach an sich für zulässig, dem Geistesgestörten, dessen Willensfreiheit dauernd ausgeschlossen, einen Pfleger an die Seite zu stellen, so steht weiter in Frage, ob auch in solchem Falle gemäß § 1910 Abs. 3 die Zulässigkeit der Pflegschaft davon abhängig ist, daß der im Sinne des § 104 Nr. 2 Geistesgestörte seine Einwilligung zur Bestellung des Pflegers erteilt. Dies muß verneint werden. Ist die geistige Gebrechlichkeit so beschaffen, daß der Gebrechliche im Sinne des § 104 Nr. 2 überhaupt keinen freien Willen hat, so ist davon auszugehen, daß eine Verständigung mit ihm über seine Einwilligung in die Bestellung eines Pflegers gänzlich ausgeschlossen ist. Demnach bedarf es in solchem Falle überhaupt nicht seiner Einwilligung.

Beschwerde der Mutter eines unehelichen minderjährigen Kindes gegen die Verfügung, durch welche statt ihrer ein Anderer als Vormund ausgewählt und bestellt worden ist. Unzulässigkeit der Beschwerde, falls diese darauf gestützt wird, daß der Mutter vor dem gewählten Vormund ein Recht auf Uebertragung der Vormundschaft zustehe.

§ 1779 Abs. 2 BGB., § 57 Abs. 1 Nr. 9 FG.

Reichsgericht IV. Zivilsenat, 15. November 1906. — Bd. 8 S. 3.

Veröffentlicht RG. 64, 288.

Befugnis des Vormundschaftsgerichts zur Entscheidung bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen der wiederverheirateten Mutter minderjähriger Kinder und dem Vormund über eine Angelegenheit, die sowohl die Person als das Vermögen der Kinder betrifft.

§§ 1629, 1686, 1696, 1697 BGB.

Kammergericht Berlin, 25. Oktober 1906. — Bd. 8 S. 7.

Am 12. Juli 1905 starb der Rektor N., dessen Ehe mit Margarethe geb. D. durch das rechtskräftige Urteil vom 27. Mai 1903 geschieden war. In dem Scheidungsurteile war der Ehemann allein für schuldig erklärt worden. Die Ehefrau ist am 26. April 1905 mit dem Kaufmann J. in S. eine neue Ehe eingegangen. Aus der Ehe des Rektors N. mit seiner Ehefrau sind zwei Kinder am Leben, Johannes, geboren am 10. Juni 1894, und Hilda, geboren am 30. Juli 1896. Die Kinder befinden sich bei ihrer Mutter. Für sie ist der Rektor H. in B. zum Vormund und der Ingenieur H. in B. zum Gegenvormunde bestellt worden. Diese beiden sind auch in dem von dem Rektor N. errichteten Testamente zu Testamentsvollstreckern ernannt worden. Ob sie dieses Amt in der im § 2202 BGB. vorgeschriebenen Form angenommen haben, ist aus den Akten nicht ersichtlich. In dem Testamente des Rektors N. sind seine vorgenannten beiden Kinder zu alleinigen Erben eingesetzt worden. Es ist ferner bestimmt worden, daß der Nachlaß zum Unterhalte der Kinder nicht verwendet, das Kapital vielmehr erhalten bleiben solle und daß der Unterhalt der Kinder aus dem Waisengeld und den Beiträgen der L.stiftung und des B. Lehrervereins bestritten werden solle, die Zinsen aus dem Nachlaß aber nur insoweit heranzuziehen seien, als das Unterhaltsgeld für jedes Kind jährlich 500 Mark nicht erreiche, während

Digitized by Google

überschießende Zinsen zu kapitalisieren seien. Unter dem 22. Februar 1906 beantragte Frau J. bei dem Vormundschaftsgerichte, den Vormund zur Zahlung der Zinsen aus dem Nachlaß an sie insoweit anzuweisen, daß sie insgesamt 1000 Mark jährlich für den Unterhalt der Kinder erhalte. Zur Begründung dieses Antrags berief sie sich auf die Bestimmungen des Testaments und führte an, daß die L.stiftung nach der Angabe des Vormundes zurzeit die Gewährung einer Unterstützung abgelehnt habe, daß aber das Waisengeld und die Beiträge von dem B. Lehrerverein zusammen sich nur auf 578 Mark beliefen, so daß zur Erreichung des auch für den standesmäßigen Unterhalt der Kinder erforderlichen Betrags von 1000 Mark jährlich aus den Zinsen noch 422 Mark zuzulegen seien, daß der Vormund aber sich geweigert habe, diesen Betrag zu gewähren, obwohl die Zinsen des 18 000 Mark betragenden Nachlasses 644 Mark jährlich betrügen. Nach Anhörung des Vormundes lehnte das Vormundschaftsgericht es ab, die beantragte Anweisung an den Vormund zu erlassen, weil es dem pflichtmäßigen Ermessen der Vormünder und Testamentsvollstrecker überlassen bleiben müsse, selbst von Fall zu Fall eine Entscheidung über den zu gewährenden Unterhaltsbetrag zu treffen. In seiner Aeußerung hatte der Vormund angeführt, daß in Anbetracht der sonstigen Verpflichtungen des Nachlasses und des Alters der Kinder zur Zeit ein Betrag von monatlich 30 bis 35 Mark für jedes Kind zur Bestreitung seiner Bedürfnisse als hinreichend zu erachten sei. Die Beschwerde ist vom Landgerichte zurückgewiesen.

Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht die Sache an das Amtsgericht zur anderweitigen Entscheidung zurückverwiesen:

Die weitere Beschwerde erscheint begründet.

Nachdem die Ehe der Beschwerdeführerin mit dem Rektor N. geschieden und der letztere allein für schuldig erklärt worden war, stand die Sorge für die Person der aus dieser Ehe hervorgegangenen Kinder der Beschwerdeführerin zu. Hieran ist durch den Tod des Rektors N. nichts geändert worden. Denn da die Beschwerdeführerin zur Zeit des Todes ihres geschiedenen Ehemanns bereits eine neue Ehe eingegangen war, fiel ihr die elterliche Gewalt nicht zu, sondern ihr blieb nur das Recht und die Pflicht, für die Person der Kinder zu sorgen mit der Beschränkung, daß sie zur Vertretung der Kinder nicht berechtigt ist (§§ 1697, 1696 BGB.). Das Recht und die Pflicht, für die Person der Kinder zu sorgen, steht ihr nicht neben dem Vormunde, sondern an dessen Stelle zu; der Vormund hat, soweit die Sorge der Mutter zusteht, nur die rechtliche Stellung eines Beistandes. Die Sorge für das Vermögen der Mündel und das Recht zu ihrer Vertretung steht dagegen dem Vormund allein zu. Aus dem Rechte der Sorge für die Person des Kindes fließt auch das Recht zur Bestimmung seiner Erziehung und der Art seines Unterhalts. Insofern von der Höhe der verfügbaren Mittel die Art der Erziehung und des Unterhalts abhängt, ist deshalb die Bestimmung des Aufwandes, der für den Unterhalt der Kinder gemacht werden soll, eine Angelegenheit, die nicht nur das Vermögen, sondern auch die Person des Kindes betrifft (zu vergl. BayObLGZ. 3, 115; RJA. 4, 191 u. 6, 260). Die Art der Erziehung und des Unterhalts hängt im vorliegenden Falle wesentlich von der Höhe der für die Kinder aus dem Nachlaß ihres Vaters und aus den Waisengeldern zu verwendenden und verfügbaren Mittel ab.

Digitized by Google

Denn der Vormund begründet gegenüber der Meinung der Mutter, daß zum standesmäßigen Unterhalt und zur geeigneten Erziehung der beiden Kinder ein jährlicher Aufwand von 1000 Mark erforderlich sei, seine Ansicht, daß ein Aufwand von 30 bis 35 Mark monatlich für jedes Kind hinreichend sei, unter anderem auch damit, daß der Sohn nach seiner Befähigung zweckmäßiger nicht ein Gymnasium, sondern eine Bürger- oder Mittelschule besuchen solle. Die hiernach zwischen der Mutter und dem Vormunde bestehende Meinungsverschiedenheit über die Höhe der zum Unterhalte der Kinder aus ihren Einkünften zu verwendenden Mittel ist mithin eine Angelegenheit, die sowohl die Person als das Vermögen der Kinder betrifft.

Bei einer derartigen Meinungsverschiedenheit entscheidet das Vormundschaftsgericht. Die in dem Beschlusse des Kammergerichts vom 12. Dezember 1904 (RJA. 5, 136; vergl. auch 6, 257) vertretene gegenteilige Ansicht kann nicht aufrecht erhalten werden. Allerdings ist in dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine dahingehende ausdrückliche Bestimmung nur für den Fall getroffen, daß die Meinungsverschiedenheit zwischen dem Vater und dem Pfleger, welchem die Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes zusteht, vorhanden ist (§ 1629), sowie für den Fall, daß die Sorge für die Person und die Sorge für das Vermögen des Mündels verschiedenen Vormündern zusteht und unter ihnen über die Vornahme einer sowohl die Person als das Vermögen des Mündels betreffenden Handlung eine Meinungsverschiedenheit besteht (§ 1798). Die Bestimmung des § 1629 ist aber auch auf den Fall entsprechend anzuwenden, wenn die Sorge für die Person des Kindes der Mutter und die Sorge für das Vermögen des Mündels dem Vormunde zusteht; der abweichenden Ansicht von Staudinger (zu § 1629 und zu § 1696), wonach die entsprechende Anwendung des § 1629 wegen des Ausnahmecharakters dieser Vorschrift ausgeschlossen sein soll, ist nicht beizutreten. Der § 1629 enthält allerdings eine Ausnahmevorschrift insofern, als er bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den beiden dort genannten sorgeberechtigten Personen hinsichtlich einer beide Gebiete der Sorge betreffenden Angelegenheit das Vormundschaftsgericht auch zur Entscheidung bloßer Zweckmäßigkeitsfragen beruft, während dem Vormundschaftsgerichte diese Befugnis sonst nicht zusteht. Daraus ist aber nicht zu folgern, daß die Vorschrift nur dann zu gelten habe, wenn die Sorge für die Person des Kindes dem Vater, nicht aber auch dann, wenn sie der Mutter zusteht. Denn sowohl dem Vater als der Mutter verbleibt das Recht der Sorge für die Person des Kindes als ein Rest der elterlichen Gewalt. Weshalb dann die Mutter bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen ihr und dem Vormund anders gestellt sein soll wie der Vater bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen ihm und dem Pfleger, ist gegenüber der Bestimmung des § 1686 BGB., wonach auf die elterliche Gewalt der Mutter die für die elterliche Gewalt des Vaters geltenden Vorschriften Anwendung finden, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht einzusehen. Für die entsprechende Anwendung des § 1629 bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen der Mutter und dem Vormunde spricht aber auch der Umstand, daß im § 1798 die gleiche Bestimmung für die Entscheidung bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen verschiedenen sorgeberechtigten Vormündern getroffen worden ist. Denn aus der gleichen Regelung in diesen beiden Fällen ist zu entnehmen, daß überall dort, wo die Sorge

Digitized by Google

für das Vermögen und die Sorge für die Person verschiedenen Personen zusteht, eine Meinungsverschiedenheit zwischen ihnen über eine beide Gebiete der Sorge betreffende Angelegenheit von dem Vormundschaftsgericht entschieden werden soll, zumal der Zweck der Bestimmungen offenbar der ist, im Interesse des Kindes zu verhindern, daß eine Verwaltungsmaßregel, welche sowohl die Person als das Vermögen des Kindes betrifft, wegen einer Meinungsverschiedenheit zwischen mehreren sorgeberechtigten Personen unterbleiben oder auf dem umständlichen, mit erheblicheren Kosten verbundenen Wege des Prozesses durchgesetzt werden muß. Ist sonach der § 1629 entsprechend anzuwenden bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen der Mutter, welcher die Sorge für die Person des Kindes zusteht, und dem Vormunde, welchem die Sorge für das Vermögen des Mündels zusteht, hinsichtlich einer beide Gebiete betreffenden Angelegenheit, so hatte im vorliegenden Falle das Vormundschaftsgericht zu entscheiden, und es durfte eine Entscheidung nicht deshalb ablehnen, weil es nicht befugt sei, dem Vormund Anweisungen zu erteilen . . . .

Bei der anderweitigen Entscheidung wird das Amtsgericht nicht darauf beschränkt sein, lediglich entweder der Meinung der Mutter oder der des Vormundes beizutreten. Denn wenn auch das Vormundschaftsgericht bei der Entscheidung einer Meinungsverschiedenheit zwischen der Mutter und dem Vormund über die Vornahme einer Handlung nicht seinerseits eine neue, von keinem der streitenden Teile vorgeschlagene Maßnahme anordnen darf, so ist es ihm doch unbenommen, hier, wo es sich nur um die Bestimmung der Höhe des aus den Zinsen zum Unterhalt erforderlichen Zuschusses handelt, die Höhe dieses Zuschusses innerhalb der von dem Vormund und der Mutter gezogenen Grenzen festzusetzen.

Unzulässigkeit des Antrags eines Miterben, der seinen Anteil an dem Nachlasse veräußert hat, dem Erwerber des Anteils einen Erbschein zu erteilen oder in dem auf den Namen des ursprünglichen Miterben ausgestellten Erbscheine zu vermerken, daß der Miterbe seinen Anteil veräußert hat.

§§ 2033, 2353 BGB.

Reichsgericht V. Zivilsenat, 11. Oktober 1906.

Veröffentlicht RG. 64, 173.

Voraussetzungen für die Erteilung eines Zeugnisses des Nachlaßgerichts über die Annahme des Testamentsvollstreckeramts; Anwendung der für die Erteilung eines Zeugnisses über die Ernennung des Testamentsvollstreckers geltenden Vorschriften.

§§ 2202, 2368 BGB.

Kammergericht Berlin, 5. Juli 1906. — Bd. 8, S. 20.

Im Jahre 1904 verstarb in B. der Rentner H. mit Hinterlassung eines notariellen Testaments, in welchem er seine Ehefrau zur alleinigen Erbin berufen, den Steuererheber R. zum Testamentsvollstrecker ernannt und verschiedene, nach dem Tode seiner Ehefrau zahlbare, Legate ausgesetzt hatte. Die Eröffnung

Digitized by Google

des Testaments erfolgte am 14. Januar 1905 in Gegenwart des R., der hierbei eine vom Erblasser ihm erteilte beglaubigte Vollmacht vorlegte. Am 22. Februar 1905 ging ein vom 21. Februar 1905 datiertes Schriftstück zu den Testamentsakten ein, welches eine Anzeige über den Wert des Nachlasses enthielt und in welchem die Adressen der Vermächtnisnehmer angegeben waren. Das Schriftstück war an die Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts in B. adressiert und trug die Unterschrift: „R., Bevollmächtigter und Testamentsv." Mittels Eingabe vom 28. März 1906 richtete die Witwe des Erblassers an das Amtsgericht in B. die Bitte um eine Bescheinigung dahin, daß der Steuererheber R. das Amt als Testamentsvollstrecker angenommen habe. Das Amtsgericht lehnte die Erteilung der Bescheinigung mit der Begründung ab, daß eine ausreichende Annahmeerklärung des zum Testamentsvollstrecker ernannten R. bisher zu den Akten nicht eingegangen sei. Namens der Witwe H. entgegnete der Justizrat J., daß in der Eingabe vom 21. Februar 1905, die von R. mit dem Zusatze: „Bevollmächtigter und Testamentsvollstrecker" unterzeichnet worden sei, eine ausreichende Annahmeerklärung zu finden sei; der Verwendung des Wortes „Annahme" bedürfe es nicht, es genüge, wenn der Annahmewille dem Nachlaßgericht gegenüber irgendwie zum Ausdrucke gelange; dies sei hier geschehen; er bitte, die beantragte Bescheinigung zu erteilen oder seine Vorstellung als Beschwerde an das Landgericht abzugeben. Das Amtsgericht vermerkte in den Akten, die Eingabe vom 21. Februar 1905 sei unbeglaubigt, es könne also nur der Eingang dieser Eingabe, nicht aber die Tatsache der Annahme des Amtes bescheinigt werden, und legte die Sache dem Landgericht in B., als dem Beschwerdegerichte, vor. Das Landgericht wies die Beschwerde zurück.

Auch die weitere Beschwerde ist vom Kammergericht zurückverwiesen worden aus folgenden Gründen:

Ob dem Landgerichte deshalb, weil es in der Eingabe vom 21. Februar 1905 eine dem Nachlaßgerichte gegenüber abgegebene Erklärung des R., daß er das Testamentsvollstreckeramt annehme, nicht gefunden hat, mit Recht der Vorwurf der Verletzung der §§ 133, 2202 BGB. gemacht wird, kann dahingestellt bleiben. Denn selbst wenn die Eingabe als eine dem § 2202 BGB. entsprechende Annahmeerklärung anzusehen wäre, würde das Verlangen der Beschwerdeführerin, ihr ein Zeugnis dahin zu erteilen, daß R. das Amt als Testamentsvollstrecker angenommen habe, ungerechtfertigt sein. Bei eingehenderer Prüfung ergibt sich, daß das Zeugnis über die Annahme des Vollstreckeramts in Wirklichkeit nichts anderes ist als das Testamentsvollstreckerzeugnis des § 2368 BGB. und daß es nur unter denselben Vorbedingungen, wie dieses, erteilt werden darf. Im Gesetze selbst ist das Annahmezeugnis nicht besonders vorgesehen. Es verdankt seine Anerkennung in der Praxis der Vorschrift des § 36 GBO., wonach die Befugnis eines Testamentsvollstreckers zur Verfügung über einen Nachlaßgegenstand auch in anderer Weise als durch Vorlegung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses (§ 2368 BGB.) geführt werden kann, wenn die Ernennung des Testamentsvollstreckers auf einer Verfügung von Todes wegen beruht, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist. Da die Verfügung von Todes wegen mit dem Eröffnungsprotokolle zwar die Ernennung, nicht aber die Annahme des Amtes beweist, so muß mit Rücksicht auf § 2202 Abs. 1 BGB. die Annahme noch besonders dargetan werden und die Praxis hat ein Zeugnis des Nachlaßgerichts über die Annahme hierzu als ausreichend

Digitized by Google

angesehen (zu vergl. RJA. 3, 133; 4, 265 und JW. 06, 132). Das Zeugnis unterscheidet sich inhaltlich von dem Testamentsvollstreckerzeugnisse dadurch, daß es die aus der Verfügung von Todes wegen selbst ersichtlichen Angaben (zu vergl. § 2368 Abs. 1, § 2224 BGB.) nicht zu enthalten braucht. Das Nachlaßgericht kann aber nicht bescheinigen, daß die Annahme des Amtes erfolgt sei, wenn es nicht die Rechtswirksamkeit sowohl der Ernennung des Annehmenden wie seiner Annahmeerklärung festgestellt hat. Die Annahmeerklärung eines nicht rechtswirksam Ernannten ist keine Annahme. Um die Annahme bezeugen zu können, muß daher das Nachlaßgericht im allgemeinen alles dasjenige prüfen, was es zu prüfen hätte, wenn von ihm ein Zeugnis über die Ernennung verlangt worden wäre. Denn auch die Erteilung des im § 2368 BGB. vorgesehenen Zeugnisses hat die Annahme des Amtes durch den Ernannten zur Voraussetzung. Trotz des verschiedenen Inhalts ist also das Annahmezeugnis seinem Wesen nach ein Testamentsvollstreckerzeugnis; der Kreis der Antragsberechtigten ist der gleiche und, soweit nicht der besondere Inhalt des Testamentsvollstreckerzeugnisses über die Befugnisse des Testamentsvollstreckers Abweichungen bedingt, ist zur Erlangung des Annahmezeugnisses alles dasjenige zu erklären und nachzuweisen, was nach § 2368 zur Erwirkung des Testamentsvollstreckerzeugnisses erforderlich ist. Hieraus ergibt sich zwar für den Grundbuchverkehr, daß das Annahmezeugnis neben einem öffentlichen Testamente keine Erleichterung für die Beteiligten bedeutet (zu vergl. Predari, GBO. S. 544); allein es bedarf eines solchen Zeugnisses auch nicht immer. Hat der in einem öffentlichen Testament Ernannte die Annahmeerklärung zum Protokolle des Nachlaßgerichts abgegeben, so genügt für den Grundbuchverkehr neben dem Testament und der Eröffnungsverhandlung eine Ausfertigung des Protokolls des Nachlaßgerichts; hat er die sonstwo in öffentlich beglaubigter Form abgegebene Annahmeerklärung dem Nachlaßgericht eingereicht, so kann sich der Grundbuchrichter mit einer solchen Urkunde und einem Zeugnisse des Nachlaßgerichts über den Eingang begnügen (zu vergl. § 36 Abs. 2 GBO.). Ein Zeugnis der letzteren Art kann das Nachlaßgericht ohne sachliche Prüfung ausstellen und das Grundbuchamt ist infolge der Gleichstellung des öffentlichen Testaments mit dem Vollstreckerzeugnis einer Nachforschung nach dem Vorhandensein anderer letztwilliger Verfügungen überhoben. Das Zeugnis über die Annahme des Amtes setzt dagegen, weil es mittelbar auch die Ernennung des Annehmenden bescheinigt und infolgedessen eine dem § 2365 BGB. entsprechende Bedeutung hat, die im § 2368 angeordnete materielle Prüfung seitens des Nachlaßgerichts voraus. Die bloße Bezugnahme auf das am 21. Februar 1905 eingegangene Schriftstück vom 22. Februar 1905 reicht daher zur Begründung des Antrags auf Erteilung eines Annahmezeugnisses keinesfalls hin (zu vergl. §§ 2368 Abs. 3, 2356 BGB.).

Beschwerde eines Nachlaßgläubigers gegen die Verfügung, durch welche das Nachlaßgericht dem Nachlaßpfleger eine Vergütung bewilligt hat. Fortdauer des Beschwerderechts nach der Eröffnung des Nachlaßkonkurses.

§ 20 FG., §§ 1836, 1915, 1960 BGB.

Oberlandesgericht Hamburg, 30. Juli 1906. — Bd. 8 S. 24.

In der Nachlaßsache F. führt das Oberlandesgericht auf die weitere Beschwerde des Nachlaßpflegers Dr. G. in den Gründen aus:

Digitized by Google

Die weitere Beschwerde rügt, daß das Landgericht zu Unrecht einen Nachlaßgläubiger für berechtigt erachtet habe, gegen die Verfügungen des Nachlaßgerichts über die Vergütung des Nachlaßpflegers Beschwerde einzulegen. Die Rüge ist unberechtigt. Die Nachlaßpflegschaft ist im vorliegenden Falle auf Grund des § 1960 BGB. angeordnet worden. Solche Pflegschaft dient nicht nur der Sicherung des Erben, sondern auch der Sicherung der Nachlaßgläubiger. Jeder Gläubiger hat ein Recht darauf, daß der Nachlaß nach Maßgabe der Gesetze auch zu seiner Befriedigung verwandt werde. Bewilligt das Nachlaßgericht dem Nachlaßpfleger zu Unrecht eine Vergütung oder bemißt es dieselbe zu hoch, so wird das Recht des Gläubigers beeinträchtigt, sobald die Bewilligung zur Folge hat, daß er aus dem Nachlaß entweder nicht seine ganze Forderung oder weniger erhält, als er sonst erhalten haben würde. Nach § 20 FG. ist er daher zur Einlegung der Beschwerde berechtigt. Dadurch, daß das Konkursverfahren über den Nachlaß eröffnet ist, hat er sein Beschwerderecht nicht verloren. Es handelt sich um eine Beschwerde gegen eine Verfügung, durch welche eine am Konkurse beteiligte Forderung zu Unrecht begründet sein soll. Daß solche Beschwerden nur dem Konkursverwalter zustehen sollen, bestimmen die Gesetze nicht.

Antrag eines Nachlaßgläubigers, der wegen seines Anspruchs Befriedigung aus dem Nachlasse verlangt, für den unbekannten Erben einen Nachlaßpfleger zu bestellen. Pflicht des Nachlaßgerichts, von Amts wegen Ermittelungen darüber zu veranstalten, ob die Voraussetzungen für die Anordnung der Nachlaßpflegschaft vorliegen.

§ 1961 BGB., §§ 1, 12 FG.

Kammergericht Berlin, 4. Oktober 1906. — Bd. 8 S. 24.

Der Landmann A. in B. hat bei dem Amtsgericht in B. beantragt, gemäß § 1961 BGB. für die Erben des Landmanns C. einen Nachlaßpfleger zu bestellen. Zur Begründung hat er angeführt, daß C. seinen letzten inländischen Wohnsitz in L. gehabt habe, nach Amerika ausgewandert und dort am 14. Juni 1905 gestorben sei, daß seine Erben hier unbekannt seien, daß auch ungewiß sei, ob sie die Erbschaft angenommen hätten, daß der Erblasser im Grundbuche von L. als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen sei und daß er (der Antragsteller) einen Anspruch auf Auflassung dieses Grundstücks gerichtlich geltend machen wolle. Zum Beweise des Todes hat er einen Brief vom 28. Juni 1905 überreicht, in welchem Ingeborg B. ihren nicht genannten Verwandten den am 14. Juni 1905 erfolgten Tod ihres nicht genannten Vaters anzeigt. Auch hat er sich zu demselben Beweis auf das Zeugnis des Häuslers J. in W. berufen. Das Amtsgericht in B. hat den Antrag zurückgewiesen, weil der Anspruch überhaupt nicht und der Tod nicht hinlänglich glaubhaft gemacht sei. Die Beschwerde ist vom Landgericht in F. zurückgewiesen worden. In den Gründen ist ausgeführt: Der § 12 FG. beziehe sich auf ein Verfahren, dessen Einleitung die Stellung eines Antrags voraussetze, erst nach erfolgter Einleitung. Zur Begründung des Antrags bedürfe es des Nachweises des Todes des Erblassers und der Glaubhaftmachung des Anspruchs. Beides fehle hier. Der Brief lasse nicht erkennen, wessen Tod darin mitgeteilt sei, und es sei nicht anzunehmen, daß

Digitized by Google

der benannte Zeuge dem angeblich in Amerika erfolgten Tode beigewohnt habe. Günstigstenfalls könne der Zeuge bekunden, daß der Brief von einer Tochter des C. herrühre. Das Gericht sei aber nicht verpflichtet, durch Zeugenvernehmungen die Grundlagen des Antrags zu beschaffen.

Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht die Sache unter Aufhebung der Vorentscheidung zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen aus folgenden Gründen:

Nach § 12 FG. hat das Gericht in den durch Reichsgesetz den Gerichten übertragenen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten. Ein Unterschied zwischen denjenigen Fällen, in welchen das Verfahren von Amts wegen oder auf Antrag eingeleitet worden ist, ist hierbei nicht gemacht und hat nach der amtlichen Denkschrift zum § 12 nicht gemacht werden sollen. Auch der vom Landgerichte gemachte Unterschied dahin, daß in Fällen, in welchen das Verfahren auf Antrag einzuleiten ist, bis zur Einleitung eine Ermittelungspflicht nicht bestehe, findet im § 12 keinen Anhalt. Namentlich läßt sich diese Ansicht nicht darauf stützen, daß unter einem Antrage stets nur der Antrag eines Berechtigten zu verstehen sei, so daß ein Antrag, der nicht durch den Nachweis der ihn berechtigenden Tatsachen unterstützt werde, als unberechtigt abgewiesen werden müßte. Denn unter einem Antrag ist nicht mehr zu verstehen, als der Ausdruck des Willens, daß ein Verfahren eingeleitet, eine Entscheidung getroffen werde. Es geht deshalb nicht an, solchem Willensausdrucke die Eigenschaft eines Antrags abzusprechen, weil er von einem Nichtberechtigten gestellt ist.

Allerdings findet § 12 FG. nach § 1 FG. nur Anwendung, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Auch das kann aber den Standpunkt der Vorinstanzen nicht rechtfertigen. Das Gesetz hat mehrfach, so im § 1994 Abs. 2, § 2356 BGB. sowie im § 87 Abs. 2 Satz 2 FG. bestimmt, daß ein Antragsteller seine Angaben glaubhaft zu machen oder nachzuweisen oder auf Verlangen die Unterlagen zu beschaffen habe. Für den Fall des § 1961 BGB. ist aber eine solche Bestimmung weder aus dem Gesetze noch aus dem Wesen der Sache zu entnehmen. Der § 1961 steht unter einem mit „Fürsorge des Nachlaßgerichts" überschriebenen Titel. In dem Falle des § 1960 BGB. tritt diese Fürsorge von Amts wegen ein und ist deshalb unbestritten auch von Amts wegen auf Grund des § 12 FG. zu ermitteln, ob die Voraussetzungen der Sicherung eines Nachlasses vorliegen. Die auf Grund des § 1961 einzuleitende Pflegschaft unterscheidet sich ihrem Wesen nach in nichts von der des § 1960. Sie tritt, wie § 1961 sagt, in den Fällen des § 1960 Abs. 1 ein und umfaßt ebenfalls die volle Verwaltung des Nachlasses im Interesse derjenigen, welche Erben werden. Der § 1961 hat also nur die Bedeutung, daß er dem Gläubiger ein Recht gibt, die Einleitung der Pflegschaft zu verlangen. Sein Antrag ist nur eine Anregung zu einer vom Nachlaßgerichte von Amts wegen vorzunehmenden Tätigkeit und es fallen deshalb dem Antragsteller nach § 1 PrGKG. weder bei Bestellung eines Nachlaßpflegers noch bei Ablehnung seines Antrags Kosten zur Last.

In der Literatur wird überwiegend die Ansicht vertreten, daß der Antragsteller aus § 1961 BGB. die Richtigkeit seiner Angaben nachzuweisen oder wenigstens seinen Anspruch glaubhaft zu machen habe. Als Unterlage dient

Digitized by Google

dabei die Bemerkung in den Motiven zum Entw. I 5, 547: (Es) ist nicht ohne weiteres „auf die bloße Behauptung einer Person hin, daß sie einen Anspruch gegen den Nachlaß habe, mit der Bestellung eines Nachlaßpflegers vorzugehen, vielmehr muß der Gläubiger seinen Anspruch vorher in einer Weise glaubhaft machen, daß das Nachlaßgericht die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft für angezeigt erachtet. Eines besonderen Ausdrucks hierfür bedarf es nicht." Diese Bemerkung in den Vorarbeiten kann indessen die, wie oben dargelegt, zur Nichtanwendung des § 12 FG. erforderliche besondere Bestimmung des Gesetzes nicht ersetzen. Sie nötigt auch nicht zu der Annahme, daß die Verfasser der Motive eine Pflicht des Gerichts, das Bestehen des Anspruchs durch Ermittelungen festzustellen, verneint haben. Sie läßt sich vielmehr auch dahin auslegen, daß die Bestellung des Pflegers ohne glaubhafte Feststellung des Anspruchs nicht zulässig sei und daß diese Feststellung regelmäßig nicht möglich ist, wenn der Antragsteller Angaben über die Entstehung des Anspruchs unterläßt. Dem wird beizutreten sein. Auch dann darf das Nachlaßgericht den Antrag nicht ohne weiteres ablehnen, wenn er solche Angaben nicht enthält, sondern es hat nach § 12 FG. durch Vernehmung des Antragstellers auf die Beschaffung der Angaben hinzuwirken und sie dann erforderlichenfalls zur Grundlage weiterer Ermittelungen zu machen.

Antrag des Vorerben auf Erteilung eines Erbscheins. Unzulässigkeit einer Verfügung des Nachlaßgerichts, durch welche die Erteilung des Erbscheins davon abhängig gemacht wird, daß der Vorerbe eidesstattliche Versicherungen der Nacherben beibringt.

§§ 2356 bis 2359 BGB.

Kammergericht Berlin, 11. Oktober 1906. — Bd. 8 S. 27.

Zum Protokolle des Notars M. vom 4. Juli 1906 gab die Witwe Marie B. in B. die folgende Erklärung ab: Am 31. Mai 1903 sei ihr Ehemann zu T., an seinem Wohnsitze, verstorben. In dem am 4. Juli 1902 mit ihr gemeinschaftlich errichteten und am 4. August 1903 eröffneten Testamente, welches beim Amtsgerichte B. verwahrt werde, habe ihr Ehemann sie als Erbin eingesetzt und als Nacherben nach ihrem Tode die gemeinschaftlichen Abkömmlinge, nämlich ihren Sohn Gottlieb B. in B., ihre Tochter Anna E. geborene B. und die Kinder ihres verstorbenen Sohnes Gustav B., wohnhaft in T., ernannt. Dabei habe er bestimmt, daß ihre Tochter Anna nicht die Substanz, sondern nur den lebenslänglichen Nießbrauch ihres Erbteils erhalten, die Substanz aber nach ihrem Ableben ungeschmälert an ihre Kinder oder, wenn solche nicht vorhanden, an ihre Brüder bezw. deren Nachkommenschaft gedeihen solle. Alle früheren Verfügungen von Todes wegen habe ihr Ehemann widerrufen. Sonstige Verfügungen von Todes wegen seien nicht vorhanden. Ihre Tochter Anna, die kinderlos sei, habe die Nacherbschaft ausgeschlagen. Ein Rechtsstreit über ihr Erbrecht sei nicht anhängig. Sie versichere an Eidesstatt, daß ihr nichts bekannt sei, was der Richtigkeit ihrer Angaben entgegenstehe. Sie beantrage, ihr als Vorerbin aus dem Testamente vom 4. Juli 1902 einen Erbschein, und zwar zu Händen des Notars M. zu erteilen. Der Notar M. reichte eine Ausfertigung dieser Verhandlung unter Bezugnahme auf die B.'schen Testamentsakten und auf die

Digitized by Google

von Frau Anna E. abgegebene Ausschlagungserklärung dem Amtsgericht in B. mit dem Antrag ein, ihm für Witwe B. als befreite Vorerbin einen Erbschein zu erteilen. Nach Einsicht in die Testamentsakten eröffnete das Amtsgericht ihm mittels Verfügung vom 14. Juli 1906, es müsse „mit Rücksicht auf die Höhe des Objekts die eidesstattlichen Versicherungen auch von den übrigen Erben verlangen, wenngleich dieselben nur als Nacherben in Betracht kommen". Der Notar M. legte namens der Witwe B. Beschwerde ein. Das Landgericht in B. wies die Beschwerde zurück.

Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht die Sache zur anderweitigen Entscheidung unter Abstandnahme von dem in der Verfügung vom 14. Juli 1906 gestellten Verlangen an das Amtsgericht zurückverwiesen aus folgenden Gründen:

Ob das Nachlaßgericht dann, wenn beim Vorhandensein mehrerer Erben die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt wird, die Versicherung an Eidesstatt, wie sie im § 2356 Abs. 2 BGB. vorgesehen ist, von sämtlichen Erben fordern kann oder nur von denjenigen, welche den Antrag gestellt haben, darf hier unerörtert bleiben (zu vergl. Protokolle 5, 679). Denn die Vorschrift des § 2357 Abs. 4 BGB., aus der die Berechtigung zu dem Verlangen nach Abgabe einer solchen Versicherung seitens aller Erben hergeleitet werden könnte, bezieht sich nur auf Miterben, d. h. auf nebeneinander zur Erbschaft berufene Personen, nicht aber auf Nacherben im Verhältnisse zum Vorerben (zu vergl. § 2100 das.). Der Nacherbe kann vor Eintritt der Nacherbfolge weder für sich selbst noch für den Vorerben die Erteilung eines Erbscheins beantragen (zu vergl. §§ 2112, 2139 BGB.; Motive 5, 566; RJA. 3, 66; OLGRspr. 11, 267; KGJ. 31, 124). Seine Befugnisse beschränken sich vielmehr darauf, die Einziehung eines unrichtigen Erbscheins zu betreiben (zu vergl. § 2363 Abs. 2 BGB.). Kann er aber nicht Antragsteller sein, so ist das Nachlaßgericht auch nicht berechtigt, von dem die Erteilung eines Erbscheins nachsuchenden Vorerben die Beibringung einer von dem Nacherben abzugebenden Versicherung an Eidesstatt zu fordern. Zur Abgabe dieser Versicherung ist nach § 2356 Abs. 2 BGB. nur der Antragsteller (im Falle des § 2357 BGB. möglicherweise auch ein Miterbe, welcher nicht Antragsteller ist), keinesfalls aber ein zur Stellung des Antrags nicht Berechtigter verpflichtet. Wenn das Landgericht ausführt, der Antragsteller müsse das Material beibringen, dessen das Nachlaßgericht zur Bildung seiner Ueberzeugung vom Erbrechte des Antragstellers bedürfe, und wenn es sich hierbei auf den Beschluß des Kammergerichts (OLGRspr. 8, 298) beruft, so übersieht es, daß in diesem Beschlusse lediglich von bereits vorhandenen, aber dem Gerichte bisher nicht zugänglich gemachten öffentlichen Urkunden, nicht aber von eidesstattlichen Versicherungen die Rede ist. Hält das Nachlaßgericht den Beweis solcher Tatsachen, in Ansehen deren der Antragsteller die im § 2356 Abs. 2 BGB. bezeichnete Versicherung an Eidesstatt abgegeben hat, für nicht erbracht, so mag es den Antragsteller unter Bezeichnung der eines weiteren Nachweises bedürfenden Tatsachen zur Angabe von Beweismitteln auffordern und seinerseits die erforderlichen Beweise erheben (zu vergl. § 2358 Abs. 1, § 2359 BGB.), es kann aber dem Antragsteller nicht aufgeben, eidesstattliche Versicherungen solcher Personen zu beschaffen, die zur Abgabe der Versicherungen nicht verpflichtet sind.

Digitized by Google

Bestellung eines Nachlaßverwalters auf Antrag eines Nachlaßgläubigers ohne vorgängige besondere Anordnung der Nachlaßverwaltung. Zulässigkeit der Anordnung einer Nachlaßverwaltung trotz Ueberschuldung des Nachlasses.

§§ 1975, 1981 BGB.

Kammergericht Berlin, 11. Oktober 1906. — Bd. 8 S. 29.

Die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger (Nachlaßverwaltung im Sinne des § 1975 BGB.) auf Antrag eines Nachlaßgläubigers ist eine Maßregel, welche nach § 1981 Abs. 2 BGB. anzuordnen ist, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet wird, welche nach § 1983 BGB. durch das Nachlaßgericht zu veröffentlichen ist, welche nach § 1984 dem Erben die Befugnis entzieht, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen, und welche nach § 76 FG. der sofortigen Beschwerde des Erben unterliegt und ihm deshalb nach § 16 Abs. 2 FG. durch förmliche Zustellung bekannt zu machen ist. An den Gebrauch bestimmter Worte ist die Anordnung nicht gebunden. Es steht deshalb nichts im Wege, sie dadurch zu treffen, daß ein Nachlaßverwalter ernannt wird, da auch hierin die Anordnung der Nachlaßverwaltung zum klaren Ausdruck kommt und da der von der Beschwerdeführerin aufgestellte Satz, daß der Verwalter erst nach der Anordnung und ihrer Zustellung ernannt werden dürfe, im Gesetze keinen Anhalt findet. Indem also das Nachlaßgericht hier einen Nachlaßverwalter bestellte, hat es damit zugleich die Nachlaßverwaltung in zulässiger Weise angeordnet. Daß es in Verletzung des § 1983 BGB. eine Veröffentlichung seiner Anordnung unterließ, kann zur Aufhebung der Anordnung selbst nicht führen. Gleiches gilt von dem Umstande, daß das Amtsgericht in Verletzung des § 16 Abs. 2 FG. zunächst eine Zustellung seiner Anordnung an die Erbin unterlassen hat. Dieser Umstand hat nur insofern Bedeutung, als damit die der Anordnung nach § 1984 BGB. zukommende Wirkung gemäß § 16 FG. zunächst nicht eintrat und als auch die Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde nach § 22 FG. vorläufig nicht in Lauf gesetzt wurde.

Die formellen Bedenken der Beschwerdeführerin gegen die Anordnung der Nachlaßverwaltung und die Bestellung des Nachlaßverwalters sind also unbegründet. Die sachlichen Voraussetzungen der Anordnung, die Forderung des Antragstellers und die Gefährdung bedürfen nicht des Nachweises bis zur Gewißheit, sondern nur der Glaubhaftmachung, da andernfalls der Zweck der Maßregel nicht erreichbar wäre (zu vergl. RJA. 7, 18). Daß die Forderung der Molkerei an den Nachlaß glaubhaft gemacht ist, konnten die Vorinstanzen auf Grund des Berichts des Verbandsrevisors H. vom 7. April 1906 ohne Rechtsirrtum annehmen, ohne auf die in der weiteren Beschwerde hervorgehobenen Möglichkeiten einer anderweitigen Aufklärung des Defekts einzugehen. Ebenso läßt sich aus der festgestellten und von der Beschwerde nicht angegriffenen Tatsache, daß die Erbin Nachlaßforderungen an ihre Schwiegermutter zwecks Begleichung ihrer Ansprüche an den Nachlaß abgetreten hat, ohne Gesetzesverletzung der Schluß ziehen, daß das Verhalten der Erbin die Befriedigung der übrigen Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse gefährdet, da bei

Digitized by Google

den nahen Beziehungen der Erbin zu der Schwiegermutter und der immerhin ungewöhnlichen Befriedigung durch Abtretung an Zahlungsstatt die Möglichkeit nicht von der Hand gewiesen werden kann, daß die Erbin in Verletzung der ihr nach § 1980 BGB. obliegenden Pflicht zur Beantragung des Nachlaßkonkurses bei Ueberschuldung des Nachlasses die ihr nahestehenden Gläubiger vor anderen bevorzugt.

Der schließliche Angriff der Beschwerdeführerin, daß die Anordnung der Nachlaßverwaltung bei Ueberschuldung des Nachlasses unzulässig sei, ist ungerechtfertigt. Die Gläubiger haben zwar nach §§ 215, 217 KO. bei Ueberschuldung des Nachlasses auch das Recht, die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß zu beantragen, und es ist zuzugeben, daß ihr Recht, die Nachlaßverwaltung zu beantragen, hauptsächlich dazu dient, sie gegen die aus der Vereinigung des Nachlasses und des sonstigen Vermögens des Erben fließenden Gefahren zu sichern, während der Konkurs das Mittel ist, eine gleichmäßige Befriedigung der Nachlaßgläubiger herbeizuführen. Die §§ 1975 ff. BGB. haben aber die Zulässigkeit der Nachlaßverwaltung nicht auf die Fälle eingeschränkt, in denen der Konkurs nicht zulässig ist, sondern das Verhältnis im § 1985 Abs. 2 und § 1980 BGB. dahin geregelt, daß sie dem Nachlaßverwalter die Pflicht auferlegt haben, bei Ueberschuldung des Nachlasses den Konkurs zu beantragen und daß nach § 1988 BGB. die Nachlaßverwaltung mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses endigt.

Recht eines Erben, dem nach dem Testamente die Verfügung über den Nachlaß erst nach der Erreichung eines bestimmten Alters zustehen soll, die Erteilung eines Erbscheins schon vor diesem Zeitpunkt und ohne Angabe der Beschränkung zu verlangen. Unzulässigkeit der Erteilung eines Erbscheins ohne die Angabe, daß ein Testamentsvollstrecker ernannt ist, auch wenn der vom Erblasser ernannte Testamentsvollstrecker das Amt abgelehnt oder gekündigt hat und ein anderer Testamentsvollstrecker an Stelle des weggefallenen nicht ernannt ist.

§§ 2353, 2363 bis 2365 BGB.

Kammergericht Berlin, 18. Oktober 1906. — Bd. 8 S. 32.

Am 29. Januar 1904 ist der Rentier Edmund G. aus F. in D. gestorben. Er hat ein am 15. Februar 1904 durch das Amtsgericht in B. eröffnetes privatschriftliches Testament vom 22. August 1902 hinterlassen, in dem er nach der Angabe, daß er mit Pauline, geborene R., verheiratet sei und daß aus dieser Ehe nur noch sein Sohn, Sigismund G., geboren am 22. August 1879, lebe, verordnet hat: „Diesen meinen Sohn ernenne ich zu meinem alleinigen Universalerben, jedoch mit der Beschränkung, daß er erst das Kapital mit seinem 40. Lebensjahr ausgezahlt bekömmt, wenn meine Ehefrau . . . . . nicht mehr am Leben ist, respektive sein sollte. Den Zinsgenuß meines ganzen Vermögens . . . . hat . . . . meine Ehefrau . . . . bis zu ihrem Tode . . Fernerhin verbitte mir jede gerichtliche Einmischung oder Siegelung meines Nachlasses ausdrücklich. Zum Testamentsvollstrecker ernenne ich den Herrn B. hier." B. hat das Amt des Testamentsvollstreckers zunächst angenommen, dann aber niedergelegt. Ein Gesuch des Sigismund G. um Ernennung eines anderen Testamentsvollstreckers ist durch die Verfügung

Digitized by Google

des Amtsgerichts in B. vom 6. November 1905 abgelehnt, weil kein entsprechendes Ersuchen des Erblassers vorliege. Auf eine gleiche Anregung der Vermächtnisnehmerin L. hat das Amtsgericht in B. dagegen geantwortet, daß es zur Ernennung eines Testamentsvollstreckers bereit sei, wenn ihm die Zustimmung der Beteiligten, insbesondere der Erben, beigebracht werde. Sigismund G. hat im Anschlusse daran gebeten, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers bis zur Entscheidung über die Beschwerde gegen die Versagung des Erbscheins auszusetzen. Die Witwe des Erblassers ist am 10. Februar 1906 gestorben. Sigismund G. hat in der notariellen Urkunde vom 28. April 1906 die nach § 2355 BGB. erforderlichen Angaben gemacht, auch die nach § 2356 BGB. erforderlichen Beweise beigebracht, sich danach als „alleinigen und nunmehr unbeschränkten" Erben auf Grund des Testaments bezeichnet und die Erteilung eines Erbscheins beantragt.

Das Amtsgericht in B. hat diesen Antrag abgelehnt, weil Sigismund G. das Kapital erst bei Erreichung des 40. Lebensjahrs ausgezahlt erhalten solle und deshalb vorher einen Erbschein, der ihn zur freien Verfügung legitimieren würde, nicht erhalten könne. Auf die von Sigismund G. eingelegte Beschwerde hat das Landgericht die angefochtene Verfügung aufgehoben und das Amtsgericht B. angewiesen, falls andere Bedenken nicht entgegenständen, einen Erbschein mit der Beschränkung zu erteilen, daß der Erbe Sigismund G. erst mit seinem 40. Lebensjahre zur Verfügung über die Substanz des Nachlasses berechtigt sei. Sigismund G. hat weitere Beschwerde eingelegt mit dem Antrage, das Amtsgericht anzuweisen, ihm auf Grund des Testaments einen Erbschein ohne jede Beschränkung zu erteilen. Das Kammergericht hat zwar die Vorentscheidungen aufgehoben, in der Sache selbst aber dahin entschieden, daß der Antrag des Beschwerdeführers abzulehnen sei. Die Gründe lauten:

Die Auslegung des Testaments durch das Landgericht dahin, daß der Beschwerdeführer der alleinige Erbe seines Vaters ist, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Dem Landgericht ist auch darin beizutreten, daß er als Erbe das Recht auf Ausstellung eines Erbscheins hat und daß die Bestimmung im Testament, er solle das Kapital erst später ausgezahlt erhalten, nicht, wie das Amtsgericht meint, zur Versagung des Erbscheins bis zum Eintritte dieses Zeitpunkts führen kann. In solcher Bestimmung kann unter Umständen nach § 2105 BGB. die Einsetzung der gesetzlichen Erben zu Vorerben und des bedachten zum Nacherben von jenem Zeitpunkt an gefunden werden. Da dieses hier aber nach der Auslegung des Testaments durch das Landgericht nicht zutrifft, so hat der Beschwerdeführer nach § 2353 BGB. das durch Verfügungen des Erblassers weder auszuschließende noch einzuschränkende Recht darauf, daß ihm sofort ein Erbschein ausgestellt wird. Dagegen ist dem Landgerichte darin nicht beizutreten, daß die Bestimmung im Testamente, der Erbe solle das Kapital erst später ausgezahlt erhalten, als Verfügungsbeschränkung in den Erbschein aufgenommen werden müsse oder auch nur dürfe. Denn einerseits hat diese Bestimmung nach § 137 BGB. keine selbständige Wirkung, sondern sie kann rechtliche Bedeutung nur in Verbindung mit der Anordnung der Testamentsvollstreckung nach § 2211 BGB. gewinnen. Anderseits darf der Erbschein nur den gesetzlich zugelassenen Inhalt haben und die §§ 2363 bis 2365 BGB. sind im Gegensatze zum Landgericht aus den im Beschlusse des Kammergerichts vom 19. Oktober 1905 (KGJ. 31 A, 120) dargelegten Gründen dahin zu verstehen, daß nur die in den §§ 2363, 2364

Digitized by Google

bezeichneten Beschränkungen durch Anordnung einer Nacherbfolge oder durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers in den Erbschein aufgenommen werden dürfen. Schließlich leidet die Entscheidung des Landgerichts auch insofern an einer Verletzung des Gesetzes, als es das Amtsgericht anweist, einen Erbschein mit beschränkterem Inhalt, als beantragt war, zu erteilen, was, da Erbscheine nach § 2353 BGB. nur auf Antrag erteilt werden, nicht zulässig ist (zu vergl. OLGRspr. 8, 297; 9, 435; KGJ. 29, 42; RJA. 6, 114).

Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind deshalb aufzuheben. Zu einer Zurückverweisung der Sache an sie liegt aber kein Bedürfnis vor. Denn die Sache ist zur Entscheidung reif.

Der Antragsteller will, wie seine Erklärung vom 28. April 1906 und sein Antrag in der weiteren Beschwerde ergeben, einen Erbschein über sein Erbrecht ohne jede Beschränkung haben. Dieser Antrag ist unbegründet. Denn das Testament enthält die Ernennung von Testamentsvollstreckern und diese Ernennung muß nach § 2364 BGB. im Erbschein angegeben werden. Dieser Notwendigkeit steht weder der Umstand entgegen, daß der ernannte Vollstrecker das Amt gekündigt hat, noch würde ihr die bisher nicht abschließend getroffene Feststellung entgegenstehen, daß das Testament kein Ersuchen des Erblassers an das Nachlaßgericht enthalte, bei Wegfall des namhaft gemachten Testamentsvollstreckers gemäß § 2200 BGB. andere Vollstrecker zu ernennen, oder daß das Nachlaßgericht diesem Ersuchen nicht nachkommen wolle. Denn der Erbschein ist nach dem § 2353 BGB. lediglich ein Zeugnis über das Erbrecht. Seine Bedeutung besteht nach § 2365 BGB. bloß darin, die Vermutung zu begründen, daß demjenigen, welcher in ihm als Erbe bezeichnet ist, das in dem Erbschein angegebene Erbrecht zustehe und daß er nicht durch andere als die darin gemäß §§ 2363, 2364 BGB. angegebenen Anordnungen beschränkt sei. Daß nach § 2364 die Ernennung eines Testamentsvollstreckers im Erbschein anzugeben ist, bezweckt nur, allgemein Dritten die testamentarische Verfügungsbeschränkung der Erben bekannt zu geben, nicht aber die konkrete Ausgestaltung der Testamentsvollstreckerverhältnisse zu bezeugen, also wer zum Testamentsvollstrecker ernannt ist, ob er sein Amt angenommen hat, welche Verfügungsmacht ihm zusteht. Zum Nachweise dieser besonderen Rechtsverhältnisse dient vielmehr das nach § 2368 BGB. dem Testamentsvollstrecker auszustellende Zeugnis über seine Ernennung (zu vergl. KGJ. 23 B, 8). Der Erbschein hat deshalb bezüglich der Testamentsvollstreckung nichts zu enthalten als die Angabe, daß Vollstrecker ernannt sind. Nur auf diese Weise kann der Grundsatz gewahrt werden, daß der Erbschein das Erbrecht so bezeugt, wie es im Augenblicke des Erbfalls gestaltet ist. Würden auch solche Tatsachen darin bezeugt, welche sich nach dem Erbfall ereignen, wie die Annahme oder Ablehnung des Amtes durch die ernannten Vollstrecker oder die Ablehnung des Ersuchens um Ernennung von Vollstreckern durch das Nachlaßgericht, so würde die unzulässige Folge eintreten, daß mit jeder darartigen Veränderung auch der Erbschein geändert werden müßte. Daß die Ausschlagung der Erbschaft gemäß § 1944 BGB., die Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung gemäß § 1955 BGB., die Anfechtung der letztwilligen Verfügung gemäß §§ 2078, 2079 BGB. und die Anfechtung des Erbschaftserwerbes wegen Erbunwürdigkeit nach § 2340 BGB. im Erbscheine zu berücksichtigen sind, obwohl diese Tatsachen dem Erbfalle zeitlich nachfolgen, ist nur eine scheinbare Ausnahme von dem aufgestellten Grundsatze, da in allen diesen Fällen der

Digitized by Google

Anfall der Erbschaft an denjenigen, welche vor den Ereignissen als Erben anzusehen waren, als nicht erfolgt gilt. Richtig ist, daß bei dieser Beschränkung des Inhalts des Erbscheins auf die Angabe der Ernennung von Testamentsvollstreckern, der Erbschein nach dem endgültigen Wegfalle der Wirksamkeit dieser Anordnung nicht ausreicht, um nachzuweisen, daß nunmehr der Erbe ungehemmt durch § 2211 BGB. über die Nachlaßgegenstände verfügen kann. Diese praktische Schwierigkeit beruht aber auf der gesetzlichen Gestaltung des Erbscheinwesens und sie findet ihre Hebung darin, daß der Erbe demjenigen, welchem gegenüber er sich des Erbscheins bedienen will, durch andere Mittel, insbesondere durch Verfügungen des Nachlaßgerichts nachweisen kann, daß die Ernennung der Testamentsvollstrecker wirkungslos geworden ist, daß sie also z. B. ihr Amt abgelehnt oder niedergelegt haben, daß das Testament auch keinen Auftrag an einen Dritten und kein Ersuchen an das Nachlaßgericht enthält, Ersatzvollstrecker zu ernennen oder daß dieser Auftrag und dieses Ersuchen abgelehnt sind.

Hiernach ist der Antrag des Beschwerdeführers, ihm einen Erbschein ohne Angabe einer Beschränkung zu erteilen, abzuweisen.

Unzulässigkeit der Beschwerde eines Notars gegen eine Verfügung, durch welche sein Antrag zurückgewiesen wird, ein von ihm beurkundetes und vom Gericht in amtliche Verwahrung genommenes Testament an ein anderes Amtsgericht zu versenden und ihm dort zur Einsicht vorzulegen.

§ 20 FG., § 2256 BGB.

Kammergericht Berlin, 25. Oktober 1906. — Bd. 8 S. 36.

Dem Notar S. in E. wurde ein Testament amtlich übergeben, das der Notar auf Verlangen der Testatorin dem Amtsgericht in C. zur Verwahrung übersandte. Das Testament wurde in C. dem Richter vorgelegt, der zu den Akten vermerkte: „Das Uebergabeprotokoll ist nicht, wie vorgeschrieben, mit dem Amtssiegel des Notars verschlossen gewesen, sondern unverschlossen eingegangen. Es ist mit dem das Testament enthaltenden verschlossenen Umschlag in einen Umschlag zweimal mit dem Gerichtssiegel verschlossen worden und mit einer den Inhalt bezeichnenden Aufschrift versehen worden." Das Testament ist in C. dann in amtliche Verwahrung genommen und der Testatorin ein Hinterlegungsschreiben erteilt. Von seiner Registratur über den Eingang des Testaments hat das Amtsgericht dem Notar Nachricht gegeben. Mit einer Eingabe hat der Notar darauf beantragt, weil er ordnungsmäßig mit dem Testamente verfahren habe, das Amtsgericht C. möge Uebergabeprotokoll und Testament an das Amtsgericht in E. schicken, damit der Notar sich dort überzeugen könne, daß das ihm übergebene Testament mit dem in C. in Verwahrung befindlichen identisch sei. Das Amtsgericht in C. hat das abgelehnt und die eingelegte Beschwerde ist vom Landgericht in B. zurückgewiesen. Das Landgericht führt aus, nach § 2256 BGB. gelte ein Testament als widerrufen, wenn die Testamentsurkunde dem Erblasser zurückgegeben werde. Es könne wenigstens zweifelhaft sein, ob die Versendung des Testaments nicht dazu führe, daß das Testament als widerrufen gelten müsse, und ob nicht eventuell die Neuaufnahme eines Uebergabeprotokolls erfolgen müsse. Durch diesen Zweifel werde die Zurückweisung der Beschwerde gerechtfertigt. Der Notar hat weitere Beschwerde eingelegt. Er führt aus und stellt unter Beweis, daß er das

Digitized by Google

übergebene Testament mit dem Uebergabeprotokoll in Gegenwart der Testatorin und der Zeugen ordnungsmäßig verschlossen habe, daß deshalb unterwegs oder bei der Oeffnung des Briefes in C. irgendetwas mit dem Testamente geschehen sein müsse, und deshalb bittet er wiederholt, das Testament zur Feststellung der Identität und Unversehrtheit ihm vorzulegen und zu diesem Zwecke dem Amtsgericht in C. zu übersenden. Das Kammergericht hat die weitere Beschwerde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Die Beschwerde hat der Notar nicht namens der Testatorin, sondern im eigenen Namen eingelegt, wie er ausdrücklich erklärt. Es fragt sich, ob er als beschwerdeberechtigt anzusehen ist. Nach § 20 FG. steht die Beschwerde dem zu, dessen Recht durch die Beschwerde verletzt wird. Ein Privatrecht ist hier nicht in Frage. Der Notar beschwert sich darüber, daß das Testament ihm vom Amtsgerichte nicht vorgelegt werde. Hiermit behauptet der Notar die Verletzung eines ihm als Notar zustehenden Rechtes auf Vorlage von ihm aufgenommener bezw. ihm übergebener Testamentsurkunden. Das verletzte Recht braucht nicht ein privates, es kann auch ein öffentliches Recht sein. Dies ist vom Kammergericht in mehreren Entscheidungen angenommen und dabei ist stehen zu bleiben. Allerdings ist hier auch kein öffentliches Recht des Notars verletzt. Das Landgericht begründet seinen die Beschwerde abweisenden Standpunkt lediglich mit Zweifeln und berührt die Frage gar nicht, ob die Beschwerde überhaupt dem Notar kraft eigenen Rechtes zustehe. Nach dem Gesetze soll der Notar, welchem ein Testament übergeben ist, es an das Amtsgericht in amtliche Verwahrung gelangen lassen. Ist die amtliche Verwahrung eingetreten, so hören alle Rechte des Notars auf die Urkunde oder an derselben auf. Das Gericht, welches das Testament bereits in amtliche Verwahrung genommen hat, darf mit demselben nur nach Maßgabe des Gesetzes verfahren. Das Gesetz kennt aber nur eine Verfügungsgewalt des Erblassers über die Urkunde in der amtlichen Verwahrung. Der Erblasser allein kann die Rückgabe jederzeit verlangen (Art. 81 PrAG. z. BGB.). Nur an ihn persönlich darf sie erfolgen (§ 2256 Abs. 2 BGB.). Die Versendung, welche der Notar an das Amtsgericht in C. verlangt, widerspricht dem Gesetze. Ein Testament in amtlicher Verwahrung darf überhaupt nur versendet werden, wenn der Erblasser es zurückverlangt oder, nach seinem Tode, wenn ein anderes Gericht als das Nachlaßgericht es in Verwahrung gehabt und eröffnet hat.

Hat der Notar, bei dem das Testament errichtet ist und der es zur amtlichen Verwahrung bei dem Amtsgerichte gebracht hat, sonach eigene Rechte auf die Urkunde nicht mehr, so wurden auch seine Rechte durch Zurückweisung seiner Anträge auf Vorlegung der Urkunden bei dem Amtsgericht in C. nicht betroffen (§ 20 FG.).

Unzulässigkeit der Fortführung und Eintragung einer Firma, die den Familiennamen des geschiedenen Ehemanns der Geschäftsinhaberin enthält, wenn der Mann der allein für schuldig erklärten Frau vor der Eintragung die Führung seines Namens untersagt hat.

§§ 18, 21 HGB., § 1577 Abs. 3 BGB.

Kammergericht Berlin, 19. Juli 1906. — Bd. 8 S. 38.

Frau Emma S. betrieb in W. seit 1898 unter dem Namen Emma S. ein Putzgeschäft. Im Mai 1906 meldete sie die Firma S. zur Eintragung

Digitized by Google

in das Handelsregister an. Die Anmeldung wurde vom Registerrichter mit der Begründung zurückgewiesen, der den Familiennamen S. führende Ehemann der Antragstellerin habe ihr die Führung seines Namens untersagt, nachdem die Ehe geschieden und die Antragstellerin allein für schuldig erklärt worden sei, die Firma müsse daher aus dem jetzigen Familiennamen der Antragstellerin, d. h. ihrem Vatersnamen gebildet werden. Die von der Frau S. gegen diese Verfügung eingelegte Beschwerde hatte keinen Erfolg. Das Landgericht führte aus: Allerdings sei auch der geschiedenen, allein für schuldig erklärten Ehefrau, gegen welche der Ehemann wie hier gemäß § 1577 Abs. 3 BGB. vorgegangen sei, das Recht nicht benommen, ihr Geschäft unter der bisherigen Firma fortzuführen. Dieses Recht finde jedoch mit der Anmeldung der Firma seine Grenze. Diese müsse den Familiennamen des Anmeldenden nach § 18 HGB. enthalten.

Auch die weitere Beschwerde ist vom Kammergericht zurückgewiesen worden aus folgenden Gründen:

Erst durch die Eintragung der Firma erwächst dem Kaufmann ein Recht auf Firmenschutz. Dies ergibt die Vorschrift des § 30 HGB. wonach sich jede neue, d. h. an dem betreffenden Orte noch nicht eingetragene Firma von allen an demselben Orte bereits bestehenden und eingetragenen Firmen — erforderlichenfalls durch einen beizufügenden Zusatz — deutlich unterscheiden muß. Solange die Eintragung nicht erfolgt ist, besteht hiernach keinerlei Gewähr dafür, daß die Firma unverändert fortgeführt werden kann. Dieselbe muß vielmehr behufs Durchführung des Grundsatzes der Ausschließlichkeit der Firma schutzlos jeder eingetragenen Firma gegenüber weichen, mag letztere vor oder nach ihr entstanden sein. Hieraus folgt, daß auf die nichteingetragene Firma auch nicht die den Rechtsschutz und damit die Eintragung der Firma voraussetzende Vorschrift des § 21 HGB. angewendet werden kann. Zu Unrecht glaubt die Beschwerdeführerin mithin durch die Führung der nicht eingetragenen Firma Emma S. ein Recht auf die Führung dieser Firma erworben zu haben. Sie ist vielmehr nur zur Führung einer solchen Firma befugt, welche den Erfordernissen des § 18 HGB. entspricht, also ihren Familiennamen enthält. Dieser lautet aber zur Zeit nicht mehr S., sondern N. Die Anmeldung der Firma Emma S. ist mithin unzulässig und daher mit Recht zurückgewiesen worden.

Antrag der Frau, die im Güterrechtsregister eingetragene Ausschließung ihrer Schlüsselgewalt wieder aufzuheben. Nachweis der Tatsache, daß sich die Ausschließung der Schlüsselgewalt durch den Mann als Mißbrauch seines Rechtes darstellt.

§ 1357 BGB.

Oberlandesgericht Rostock, 15. Oktober 1906. — Bd. 8 S. 39.

Der Ehemann F. hat die Schlüsselgewalt seiner Ehefrau ausgeschlossen und einen entsprechenden Eintrag in das Güterrechtsregister erwirkt. Der Antrag der Ehefrau F., die Ausschließung wieder aufzuheben, ist vom Amtsgericht zu S. abgelehnt worden. Auf die Beschwerde der Ehefrau F. hat das Landgericht die Entscheidung des Amtsgerichts aufgehoben und die von dem Ehemanne verfügte, in das Güterrechtsregister eingetragene Ausschließung

Digitized by Google

der der Ehefrau nach § 1357 Abs. 1 BGB. zustehenden Rechte der sogenannten Schlüsselgewalt wieder aufgehoben. Die hiergegen von dem Ehemann eingelegte weitere Beschwerde hat das Oberlandesgericht in Rostock zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Wie in dem angefochtenen Beschlusse zutreffend ausgeführt ist, handelt es sich um die einfache Beschwerde. Die weitere Beschwerde, die unrichtige Anwendung des § 1357 BGB. rügt, ist an sich zulässig, sie ist aber nicht begründet.

Die Beschwerde macht geltend: Es stehe dem Ehemanne das Recht zu, ohne weiteres der Ehefrau das Recht der Schlüsselgewalt zu entziehen; der Beweis dafür, daß ein Mißbrauch vorliege, liege der Ehefrau ob, nicht der Gegenbeweis dem Ehemanne. Letzteres nehme der angefochtene Beschluß mit Unrecht an. Der Angriff ist nicht gerechtfertigt. Der angefochtene Beschluß geht davon aus, daß die Beschränkung oder Ausschließung des Rechtes der Ehefrau sich nicht als ein Mißbrauch des Rechtes des Ehemanns darstellen darf. Das entspricht dem geltenden Rechte. Von einer eigentlichen Verteilung der Beweislast kann überhaupt keine Rede sein; für das Verfahren gilt das Offizialprinzip, das Gericht hat von Amts wegen die für die Entscheidung nötigen Tatsachen zu ermitteln und darüber auf Grund freier richterlicher Beweiswürdigung zu entscheiden. In dem angefochtenen Beschluß ist ausgeführt: Der Ehemann sei für seine Behauptung, daß seine Ehefrau wegen ihrer Geistesschwäche nicht imstande sei, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten, und daß er einer völligen Zerrüttung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse entgegengehe, wenn ihr die Wirtschaftsführung belassen werde, den Beweis schuldig geblieben; die Geistesschwäche, an der allerdings die Ehefrau leide, sei nicht in so hohem Grade vorhanden, daß die Ehefrau nicht sollte imstande sein, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten und innerhalb dieses ihres Wirkungskreises den Ehemann zu vertreten; die Verhältnisse seien einfache und böten keine erheblichen Schwierigkeiten; die Ehefrau habe das gemeinschaftliche Hauswesen viele Jahre geleitet, ohne ihrem Manne Schaden zuzufügen; daß sie Schulden gemacht oder Verschwendung getrieben, sei nicht nachgewiesen, vielmehr widerlegt, da der Ehemann keine bestimmten Behauptungen in dieser Hinsicht aufgestellt bezw. unter Beweis gestellt habe und da die Ehefrau über Einnahmen und Ausgaben ordnungsmäßig und sorgfältig Buch geführt habe, auch aus den Büchern hervorgehe, daß sie nur angemessene und verständige, vor allen Dingen keine unnötigen oder zu hohen Ausgaben gemacht habe; darauf, daß der Ehemann die Richtigkeit der Bücher bestreite, sei nichts zu geben, da er bestimmte Unrichtigkeit der Bücher nicht bezeichnet habe und da dieselben fortlaufend und ordnungsmäßig geführt seien; endlich hätten unparteiische, mit den Verhältnissen vertraute Zeugen die Ehefrau für fähig erklärt, dem gemeinschaftlichen Haushalt vorzustehen, wogegen das teilweise abweichende Zeugnis der Verwandten des Ehemanns nicht erheblich ins Gewicht fallen könne. Auf Grund dieser Erwägung gelangt das Landgericht zu dem Ergebnisse, daß die Ausschließung des Rechtes der Schlüsselgewalt einen Mißbrauch des Rechtes des Ehemanns enthalte.

Diese Entscheidung unterliegt, insoweit sie auf tatsächlicher Würdigung beruht, nach Maßgabe des § 27 FG. einer Nachprüfung in dieser Instanz nicht; wenn der Ehemann die Beweiswürdigung des angefochtenen Beschlusses als unrichtig hinstellen will, so ist dies unbeachtlich. Im übrigen ist nicht

Digitized by Google

ersichtlich, daß der Vorderrichter den § 1357 BGB. unrichtig angewandt oder daß er sich sonst einer Verletzung des Gesetzes schuldig gemacht hat, insbesondere, daß er Tatsachen unter Gesetzesverletzung festgestellt hat. Allerdings gibt es zu Bedenken Anlaß, wenn es in dem angefochtenen Beschlusse heißt: Der Ehemann sei den Beweis dafür schuldig geblieben, daß die Ehefrau zur Leitung des Hauswesens unfähig sei und daß er, falls ihr die Wirtschaftsführung belassen würde, der Zerrüttung seiner Verhältnisse entgegengehe, ferner, es sei nicht nachgewiesen, vielmehr als widerlegt anzusehen, daß die Ehefrau Schulden gemacht oder Verschwendung getrieben habe, da der Ehemann es unterlassen habe, bestimmte Behauptungen in dieser Hinsicht aufzustellen bezw. unter Beweis zu stellen, und es sei nichts darauf zu geben, wenn der Ehemann die Richtigkeit der Wirtschaftsbücher bestreite, da er es unterlassen habe, bestimmte Unrichtigkeiten der Bücher zu bezeichnen. Es erregt das den Anschein, als ob der Vorderrichter in Wirklichkeit den Ehemann in bezug auf die bewegten Punkte für beweispflichtig gehalten hat. Das würde rechtsirrig sein; eine Beweislast darf dem Ehemanne nicht aufgebürdet werden. Es wird auch in einem gewissen Sinne von einer Beweislast der Ehefrau geredet werden können: nicht in dem Sinne einer Behauptungs- und Beweislast, wie sie im Zivilprozesse Platz greift, wohl aber in dem Sinne, daß einem Antrage der Ehefrau, die durch den Ehemann erfolgte Beschränkung oder Ausschließung des Rechtes der Schlüsselgewalt aufzuheben nur dann stattgegeben werden darf, wenn der Beweis dafür erbracht ist, daß der Ehemann sein Recht mißbraucht. Bei der Prüfung und Entscheidung dieser Frage aber ist der Richter, der dabei, wie bereits oben ausgeführt worden ist, von Amts wegen den Sachverhalt zu ermitteln hat, nicht gehindert, Umstände der beregten Art, nämlich, daß der Ehemann in bezug auf einzelne Punkte nichts zu behaupten bezw. keine Beweismittel anzugeben vermochte und daß in bezug auf jene Punkte die Beweisaufnahme nichts ergeben hat, für die Bildung seiner Ueberzeugung mit heranzuziehen. Nach dem Gesamtinhalte des angefochtenen Beschlusses muß angenommen werden, daß der Vorderrichter nur in diesem Sinne die fraglichen Umstände verwertet hat, und es liegt auch nicht vor, daß er dabei etwa über das zulässige Maß hinausgegangen ist.

Mangelnde Befugnis des Eigentümers, lediglich auf Grund einer Löschungsbewilligung des eingetragenen Hypothekengläubigers über die Hypothek durch Abtretung zu verfügen.

§§ 1163, 1168 BGB., § 19 GBO.

Oberlandesgericht Jena, 5. Juli 1906. — Bd. 8 S. 41.

Veröffentlicht in den ThürBl. 53, 268.

Eintragung einer von dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung bewilligten Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung eines zur Konkursmasse gehörenden Grundstücks, auch wenn der Eintragungsantrag von dem Berechtigten erst nach der Konkurseröffnung gestellt wird.

§§ 6, 7, 15 KO.

Kammergericht Berlin, 12. Juli 1906. — Bd. 8 S. 47.

In der notariell beglaubigten Urkunde vom 26. März 1906 bewilligte und beantragte der auf dem Grundbuchblatte R. Bd. XIX Bl. 250 einge-

Digitized by Google

tragene Eigentümer, Maurermeister L., für den Kaufmann W. eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung einer auf dem Grundbuchblatt eingetragenen Parzelle einzutragen, zu deren Auflassung an den Kaufmann W. er zugleich dem Rentner C. Vollmacht erteilte mit der Maßgabe, daß W. die „hypothekarische Freischaffung" der Parzelle selbst zu veranlassen haben sollte. W., der die Kosten tragen sollte, hatte die Urkunde mitunterzeichnet. Diese Urkunde reichte der instrumentierende Notar am 30. März 1906 5 Uhr nachmittags mit dem Antrag auf Eintragung der Vormerkung zu den Grundakten ein. Zu derselben Stunde ging beim Grundbuchamte das Ersuchen des Amtsgerichts E. (Konkursgericht) um Eintragung des Vermerkes gemäß § 113 Nr. 1 der KO. ein, daß über das Vermögen des L. der Konkurs eröffnet sei. Nach dem beigefügten Eröffnungsbeschlusse war der Konkurs am 28. März 1906 eröffnet. Das Grundbuchamt, Amtsgericht E., gab zunächst am 31. März den vorgenannten Antrag des Notars zurück behufs Beibringung eines Katasterauszugs über die Parzelle. Dann trug es am 11. April den Konkursvermerk ein. Am 20. April reichte der Notar den Antrag unter Beifügung des verlangten Katasterauszugs wieder ein. Nunmehr wies das Amtsgericht durch Beschluß vom 23. April 1906 den Antrag auf Eintragung der Vormerkung zurück, weil der Antrag erst nach der am 28. März erfolgten Konkurseröffnung über das Vermögen des Eigentümers und Antragstellers bei dem Grundbuchamt eingegangen sei und die Konkurseröffnung jede weitere Verfügung des Antragstellers über das zur Konkursmasse gehörende Grundstück ausschließe.

Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde durch Beschluß des Landgerichts E. aus dem gleichen Grunde zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht die Sache unter Aufhebung der Vorentscheidungen zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen aus folgenden Gründen:

Das Kammergericht hat in dem Beschlusse vom 6. Mai 1901 (RJA. 2, 139) ausgesprochen, daß durch die Eintragung der Konkurseröffnung in das Grundbuch dieses für rechtsgeschäftliche Verfügungen des Gemeinschuldners nicht gesperrt werde und der Grundbuchrichter deshalb eine Eintragung auf Grund einer Bewilligung des Gemeinschuldners lediglich wegen der eingetragenen Konkurseröffnung nicht ablehnen dürfe. Von dieser Ansicht abzugehen, findet das Kammergericht auch nach nochmaliger Prüfung keinen Anlaß. In der Rechtslehre wird die Ansicht des Kammergerichts vorherrschend geteilt. Die Gegner (Predari, GBO. S. 312, Schöller in DJZ. 1902 S. 165, Kretzschmar in ZBlFfG. 2, 815, Biermann, Sachenrecht Anm. 1, 3 zu § 892 f. BGB, Jäger, Anm. 7 zu § 113 KO. und neuerdings Eccius in Gruchots Beitr. 50, 481) verkennen die Bedeutung, welche § 6 im Verhältnisse zu den folgenden Paragraphen der KO. hat. § 6 spricht den allgemeinen Grundsatz aus, daß mit der Konkurseröffnung der Gemeinschuldner die Befugnis verliert, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen, und daß insoweit das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gemeinschuldners durch einen Konkursverwalter ausgeübt wird. Die folgenden Paragraphen regeln einzelne besondere Fälle von Verwaltungs- und Verfügungsakten und enthalten zum Teile gewisse Ausnahmen oder Einschränkungen gegenüber dem im § 6 ausgesprochenen allgemeinen Grundsatze,

Digitized by Google

soweit er sich auf den Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners bezieht, während später im zweiten Buche der Befugnis des Konkursverwalters zur Ausübung der Verwaltung und Verfügung nach gewissen Richtungen (zu vergl. besonders §§ 133 ff.) anderseits Schranken gezogen werden (Motive zu § 5 der KO.). § 7 bestimmt, daß „Rechtshandlungen" des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung „den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam" sind mit der Maßgabe, daß die Vorschriften über den Rechtserwerb in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs Anwendung finden; § 8 trifft Bestimmung darüber, ob und inwieweit Leistungen an den Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung den Erfüllenden den Konkursgläubigern gegenüber befreien; § 9 erklärt zur Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft usw. den Gemeinschuldner allein für befugt; die §§ 10—12 regeln die Legitimation zur Aufnahme anhängiger Prozesse und die prozessuale Geltendmachung von Konkursforderungen; § 13 betrifft Veräußerungsverbote und Beschlagnahmen, § 14 die „Unwirksamkeit" von Zwangsvollstreckungsakten zugunsten einzelner Konkursgläubiger und § 15 erklärt einen „Rechtserwerb" auch dann den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam, wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht, mit der Maßgabe, daß hinsichtlich des Rechtserwerbes an Grundstücken gewisse Ausnahmen gelten sollen. Hiernach sind insbesondere die nach der Konkurseröffnung erfolgenden Rechtshandlungen des Gemeinschuldners sowie auch die auf solchen Rechtshandlungen nicht beruhenden Rechtserwerbe gemäß §§ 7, 15 der KO. nicht absolut unwirksam, sondern, abgesehen von den Ausnahmefällen der vollen Wirksamkeit, nur gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam, und es enthalten also diese Vorschriften Einschränkungen des allgemeinen Grundsatzes des § 6, daß der Gemeinschuldner zur Verfügung nicht befugt ist; zu Rechtshandlungen ist der Gemeinschuldner auch nach der Konkurseröffnung nicht unbefugt und auch ein Rechtserwerb ist an sich nicht unwirksam, nur gegenüber den Konkursgläubigern entbehrt die Verfügung bezw. der Rechtserwerb hinsichtlich des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens der Wirksamkeit (Güthe GBO. S. 215). Dies wird bestätigt durch die Begründung des § 6 a. F., welcher an Stelle des jetzigen „unwirksam" das Wort „nichtig" enthielt, in den Motiven: „Die Nichtigkeit besteht aber nur gegenüber den Konkursgläubigern; denn nur diese sind es, welche in ihrem Rechte auf ungeschmälerte Befriedigung aus der Konkursmasse gegen jede Verfügung des Gemeinschuldners gesichert werden sollen. Es ist deshalb zwar folgerichtig, wenn die Bremer Debitordnung und die Lübecker KO. vorschreiben, „„daß sich auf die Nichtigkeit weder der beteiligte Dritte, noch der Gemeinschuldner soll berufen dürfen"" ; solche Vorschrift ist aber, weil sie nichts als eine Folge des ausgesprochenen Grundsatzes enthält, im Gesetz entbehrlich . . . . . (die Verfügungsunfähigkeit des Gemeinschuldners) ist, was den Gegenstand und die Zeitdauer und die in Betracht kommenden Personen betrifft, eine beschränkte und dadurch ist die Nichtigkeit beschränkt. Die Rechtshandlung des Gemeinschuldners kann, wenngleich sie ein zur Konkursmasse gehöriges Vermögensstück zum Gegenstande hat, für den Gemeinschuldner und andere Personen als die Konkursgläubiger verbindlich sein und sie kann unter Umständen selbst den früheren Konkursgläubigern gegenüber nach Aufhebung des Konkursverfahrens und nach Wiedererlangung der Verfügungs-

Digitized by Google

fähigkeit verbindliche Kraft erlangen." Danach sollte die Nichtigkeit der Verfügung des Gemeinschuldners eine beschränkte und sollte die Verfügung für den Gemeinschuldner und andere Personen als die Konkursgläubiger verbindlich sein. An dieser Rechtslage ist durch die Novelle zur KO. nichts geändert. Die hierdurch getroffenen Aenderungen des § 6 a. F. (§ 7 n. F.) werden in der Begründung zur Novelle (Hahn-Mugdan 7, 234) wie folgt gerechtfertigt: „Der Entwurf hat zunächst im Anschluß an das BGB. (§ 135) das Wort „nichtig" durch „unwirksam" ersetzt. Sodann entscheidet der Entwurf die zurzeit bestrittene Frage, inwieweit hier für die Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über den Schutz des gutgläubigen Erwerbes Raum ist. Er bestimmt, daß die Vorschriften der §§ 892, 893 BGB. unberührt bleiben, und legt hierdurch, in Uebereinstimmung mit § 135 Abs. 2 BGB., dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs auch gegenüber der Verfügungsbeschränkung, welche der Gemeinschuldner nach den §§ 6, 7 (n. F.) zugunsten der Konkursgläubiger erleidet, Wirksamkeit bei. Eine Benachteiligung der Konkursgläubiger ist hiervon nicht zu besorgen, da die schleunige Eintragung der Konkurseröffnung in das Grundbuch (§ 113 KO. n. F.) ein ausreichendes Sicherungsmittel bietet. In Ansehung der beweglichen Sachen hat dagegen der Entwurf die Aufnahme einer dem § 135 Abs. 2 BGB. entsprechenden Bestimmung abgelehnt. . . ." Hieraus erhellt, daß der Gesetzgeber die mit der Konkurseröffnung eintretende Beschränkung des Gemeinschuldners hinsichtlich der Verfügung durch Rechtshandlungen, mit Ausnahme des Schutzes gutgläubigen Erwerbes an beweglichen Sachen, gleichgestellt wissen wollte einem Veräußerungsverbote gemäß § 135 BGB., das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt. Dieser gesetzgeberische Wille ist auch als im Gesetze deutlich zum Ausdrucke gebracht zu erachten, wenn in der obigen Weise § 6 zu § 7 in das richtige Verhältnis gesetzt wird. Daß aber die gegen ein Veräußerungsverbot des § 135 BGB. verstoßende Verfügung wirksam ist, beispielsweise das übertragene Eigentum übergeht, das bestellte Recht entsteht, die bezahlte Forderung erlischt, und dies nur denjenigen gegenüber nicht gilt, deren Schutz das Verbot bezweckt, darüber herrscht kein Streit (Planck Anm. 2 zu § 135 BGB.). Hiernach kann der Konkursverwalter, der zwar weder Vertreter des Gemeinschuldners noch Vertreter der Konkursgläubiger oder der Konkursmasse ist, die kein selbständiges Vermögenssubjekt bildet, aber doch als amtliches Organ zur Durchführung des Konkurszweckes die den Konkursgläubigern als solchen zustehenden Rechte hinsichtlich der Konkursmasse wahrzunehmen hat (zu vergl. RG. 29, 29, JurW. 1903, 4, Nr. 7), allerdings z. B. die vom Gemeinschuldner zum Eigentum übertragene Sache als unveräußert, den mit einem Rechte belasteten Gegenstand als unbelastet, die abgetretene Forderung als noch zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörig behandeln und für die Konkursmasse ohne weiteres in Anspruch nehmen; aber zwischen dem Gemeinschuldner und dem anderen Teile sowie gegenüber Dritten, welche nicht Konkursgläubiger sind, haben die Verfügungen Rechtswirksamkeit und sie können unter Umständen, beispielsweise wenn der Gemeinschuldner sie genehmigt oder wenn die Aufhebung des Konkursverfahrens erfolgt, selbst den früheren Konkursgläubigern gegenüber wirksam werden.

Aehnlich ist die Verfügungsbeschränkung des Erben, welche mit der An-

Digitized by Google

ordnung der Nachlaßverwaltung eintritt: § 1984 BGB. bestimmt im Anschluß an die §§ 6 ff. KO. zunächst im Abs. 1 Satz 1, daß der Erbe die Befugnis verliere, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen, erklärt dann im Abs. 1 Satz 2 die Vorschriften der §§ 7, 8 KO. n. F. (§§ 6, 7 a. F.) für entsprechend anwendbar und trifft demnach im Abs. 1 Satz 3 und im Abs. 2 Bestimmungen über die Geltendmachung von Nachlaßforderungen und die Zulässigkeit von Zwangsvollstreckungsakten. Ferner ist ähnlich die durch die Nacherbschaft begründete Verfügungsbeschränkung, welche als Ausnahme von der Regel des § 2112 BGB., daß dem Vorerben das Recht zur Verfügung über die Nachlaßgegenstände zusteht, in den §§ 2113 bis 2115 bestimmt ist: Die gegen das Verfügungsverbot in diesen Ausnahmefällen verstoßende Verfügung des Vorerben ist im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Anders verhält es sich dagegen mit der durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers gemäß §§ 2205, 2211 BGB. begründeten Verfügungsbeschränkung des Erben: § 2211 entzieht dem Erben das Recht zur Verfügung über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstand absolut und fügt nicht, wie es in den vorerörterten Fällen der Verfügungsbeschränkung geschehen ist, die Einschränkung hinzu, daß die verbotswidrige Verfügung nur gegenüber einer bestimmten Person, insbesondere gegenüber dem Testamentsvollstrecker, unwirksam sei; die verbotswidrige Verfügung des Erben ist hiernach allerdings unbedingt unwirksam und den Erben fehlt daher jedes Verfügungsrecht (Güthe S. 219 Anm. 47; anders Eccius S. 488). Aus letzterem ergibt sich ebenfalls eine Bestätigung dafür, daß § 7 KO. eine Einschränkung des im § 6 ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes der Verfügungsunfähigkeit des Gemeinschuldners enthält.

Ist dies aber der Fall und hat die Konkurseröffnung danach hinsichtlich der demnächst vom Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen nur die Wirkung, daß diese lediglich gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam sind, im übrigen dagegen ebenso wie Verfügungen gegen ein Veräußerungsverbot des § 135 BGB. in ihrer Wirksamkeit unberührt bleiben, so darf der Grundbuchrichter nicht die Vornahme von Eintragungen auf Grund von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners ablehnen, da eben der Gemeinschuldner zu den Rechtshandlungen nicht unbefugt ist (Güthe S. 215). Der gleiche Grundsatz hat aber auch dann zu gelten, wenn, wie vorliegend, auf Grund einer vom Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlung, einer Eintragungsbewilligung, von dem dadurch Berechtigten nach der Konkurseröffnung ein Eintragungsantrag gestellt wird, der den Erwerb eines Rechtes am Grundstücke zum Ziele hat; denn aus den §§ 7, 15 KO. folgt, daß ein solcher Rechtserwerb nur den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam ist.

Zu erfordern ist allerdings für die Zulässigkeit einer Eintragung nach der Konkurseröffnung auf Grund einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners, entsprechend den nach dieser Richtung hinsichtlich der durch eine Nacherbschaft begründeten Verfügungsbeschränkung vom Kammergericht aufgestellten Grundsätzen (RJA. 3, 250; 6, 69), daß zuvor die Eröffnung des Konkurses in das Grundbuch eingetragen wird; denn mit Rücksicht auf den Schutz, welcher einem Rechtserwerb in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs

Digitized by Google

gewährt wird, muß den Konkursgläubigern die Möglichkeit gewahrt bleiben, durch den Konkursverwalter die Unwirksamkeit des auf Grund der Verfügung des Gemeinschuldners eingetragenen Rechtes ihnen gegenüber auch gegen einen dritten Erwerber des Rechtes geltend zu machen, und dies geschieht durch Eintragung des Konkursvermerkes, und zwar, soweit es sich um ein Recht am Grundstücke handelt, in Abt. II, da hierdurch aus dem Grundbuche bezw. bei Briefhypotheken aus dem in den Hypothekenbrief entsprechend zu übernehmenden Vermerk ersichtlich wird, daß das Recht den Konkursgläubigern gegenüber nicht wirksam ist (zu vergl. RJA. 6, 66, anderer Meinung Eccius S. 482). Vorliegend ist aber der Konkursvermerk bereits eingetragen.

Zu bemerken ist allerdings, daß, wenn die Rechtshandlung des Gemeinschuldners die Löschung von Rechten des Gemeinschuldners zum Gegenstande hat, die Eintragung des Konkursvermerkes zum Schutze der Konkursgläubiger nicht genügt, da das Recht durch die Löschung aus dem Grundbuche völlig beseitigt wird, und daß daher, ebenfalls entsprechend den vom Kammergerichte hinsichtlich der Verfassungsbeschränkung durch Nacherbfolge nach dieser Richtung aufgestellten Grundsätzen (RJA. 6, 69), zur Löschung die Genehmigung des Konkursverwalters zu erfordern ist (Güthe S. 215). Hierauf beruht die Entscheidung des Kammergerichts RJA. 3, 46. Auf sie aber beruft sich das Landgericht zu Unrecht, da sie den vorliegenden Fall nicht trifft.

Demnach war unter Aufhebung der Beschlüsse der Vorinstanzen die Sache an das Amtsgericht zurückzuverweisen, um unter Abstandnahme von den bisher erhobenen Bedenken über den Eintragungsantrag des Beschwerdeführers anderweit Entscheidung zu treffen.

Unzulässigkeit der Pfändung der Rechte aus einem Rangvorbehalte.

§ 881 BGB., §§ 851, 857 ZPO.

Kammergericht Berlin, 9. August 1906. — Bd. 8 S. 53.

Die offene Handelsgesellschaft S. in Berlin hat auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils die Zwangseintragung von 3000 M. Wechselforderung und Nebenforderungen auf dem Grundstück ihres Schuldners in Abt. III Nr. 8 erlangt. Auf demselben Grundstücke steht in Abt. III Nr. 5 für die Frau des Eigentümers eine Briefhypothek von 10 000 M. nebst Zinsen eingetragen mit dem Bemerken, daß sich der Eigentümer die Befugnis vorbehalten hat, eine Hypothek von 230 000 M. nebst 4 $^1/_4$ Proz. Zinsen mit dem Range vor den 10 000 M. eintragen zu lassen. Durch Beschluß des Amtsgerichts B. vom 17. Mai 1906 ist diese Befugnis auf Antrag der offenen Handelsgesellschaft S. wegen ihrer Urteilsforderung gepfändet und ihr zur Einziehung überwiesen worden. Zugleich ist in dem Beschlusse der angebliche Anspruch des Schuldners an den Kaufmann L., den angeblichen Zessionar der Hypothek Abt. III Nr. 5, auf Einwilligung in die Vorrechtseintragung und auf Vorlegung des Hypothekenbriefs, betreffend die Post Abt. III Nr. 5, an das Grundbuchamt zur Vermerkung der Vorrechtseintragung für die Gläubigerin gepfändet und ihr zur Einziehung überwiesen worden. Demnächst hat die offene Handelsgesellschaft S. bei dem Grundbuchamte beantragt, bei der Hypothek Abt. III Nr. 8 einzutragen, daß dieser Hypothek der Vorrang vor der Hypothek Abt. III Nr. 5 zustehe und daß

Digitized by Google

dieser Vorrang auf dem erwähnten Rangvorbehalte beruhe. Der Antrag ist von dem Grundbuchamte B. mit der Begründung abgelehnt, daß L. nicht als Gläubiger der Hypothek Abt. III Nr. 5 eingetragen, auch der Brief über diese Post nicht beigebracht sei. Die dagegen eingelegte Beschwerde ist von dem Landgerichte zurückgewiesen worden, weil die nach § 62 GBO. erforderliche Beibringung des Hypothekenbriefs über die Post Abt. III Nr. 5 nicht erfolgt, überdies die Pfändung des Rangvorbehalts unzulässig gewesen sei.

Auch die weitere Beschwerde ist vom Kammergerichte zurückgewiesen worden aus folgenden Gründen:

Würde die Eintragung des Vorranges auf Grund des Pfändungs- und Ueberweisungsbeschlusses erfolgen, so müßte der Vermerk des Vorranges auch bei der zurücktretenden Post Abt. III Nr. 5 erfolgen. Nach den §§ 42, 62 GBO. darf daher der Grundbuchrichter die Eintragung von der Beibringung des Hypothekenbriefs über die Post Abt. III Nr. 5 abhängig machen (RJA. 4, 66 und OLGRspr. 8, 319).

Das Landgericht führt ferner zutreffend aus, daß die Pfändung und Ueberweisung eines Rangvorbehalts (§ 881 BGB.) überhaupt nicht wirksam ist. Dies ist auch die herrschende Meinung (anderer Ansicht Neumann, Kommentar, Anm. 7 zu § 881). Die zufolge eines Rangvorbehalts gemäß § 881 Abs. 1 BGB. dem Eigentümer vorbehaltene Befugnis ist kein selbstständig existentes Recht, sondern ein Ausfluß und untrennbarer Teil des Eigentumsrechts. Es nimmt eine ähnliche Stellung ein wie das mit einer Forderung verbundene Pfandrecht (vergl. Gaupp-Stein Anm. II 5 zu § 857 ZPO) oder wie das mit dem Verfügungsrecht über eine Hypothek verbundene Recht auf Löschungsbewilligung (KGJ. 29, 190) oder das mit einer Forderung verbundene Anfechtungsrecht (RG. 30, 74). Nur mit dem Eigentume zusammen kann darüber verfügt werden und, da nur der Eigentümer das Grundstück belasten kann, so ist auch eine Uebertragung der Ausübung nach nicht möglich. Ein solches Recht kann daher auch nicht selbständig Gegenstand einer Zwangsvollstreckung sein, insbesondere nicht gepfändet werden. Dies ergibt sich aus § 857 ZPO., wonach für andere Vermögensrechte als Forderungen die Regel des § 851 ZPO. gilt, daß sie der Pfändung nur insoweit unterliegen, als sie übertragbar sind, und nur für solche unveräußerliche Rechte, deren Ausübung einem anderen überlassen werden kann, die Pfändung zugelassen ist.

Unzutreffend sind die Ausführungen der Beschwerdeführerin, daß die hier vertretene Ansicht zu wirtschaftlichen Mißständen führe, weil der Eigentümer durch den Rangvorbehalt die Gläubiger von seinem Grundstücke fernhalte, gleichwohl aber selbst das Grundstück zu belasten in der Lage sei. Durch den Rangvorbehalt werden die Gläubiger des Eigentümers nicht gehindert, sich an das Grundstück zu halten, sie können ungeachtet des Rangvorbehalts für sich Zwangshypotheken eintragen lassen und erlangen dann im Zwangsversteigerungsverfahren ihre Befriedigung ohne Rücksicht auf den eingetragenen Rangvorbehalt, indem ihnen bei der Verteilung nicht der volle Betrag der später eingetragenen Hypothek, sondern nur der Betrag derjenigen Hypothek vorgeht, bei welcher der Rangvorbehalt eingetragen ist. Dies folgt direkt aus § 881 Abs. 4 BGB. Wird das vorbehaltene Recht (Hypothek) nach inzwischen er-

Digitized by Google

folgter Eintragung anderer Rechte (Hypotheken) eingetragen, so wird das vorbehaltene Recht in der Zwangsversteigerung um den Betrag der Zwischenhypotheken gemindert (vergl. das Beispiel bei Planck Anm. 5 b c zu § 881 BGB.). Unzutreffend ist ferner die Ausführung der Beschwerdeführerin, daß der Grundstückseigentümer, wenn er auf Grund des Rangvorbehalts eine spätere Hypothek mit dem Vorrange vor der eingetragenen Hypothek ausstatte, damit seine Befugnis aus dem Rangvorbehalte veräußere, sowie der daraus gezogene Schluß, daß es sich um ein veräußerliches und daher pfändbares Recht handele. Der Grundstückseigentümer, der auf Grund des Rangvorbehalts die Rangordnung regelt, übt lediglich die ihm aus dem Rangvorbehalte zustehende Befugnis aus, veräußert diese aber nicht. Unzutreffend ist endlich die Ausführung der Beschwerdeführerin, daß im vorliegenden Beschwerdeverfahren die Frage der Zulässigkeit der Pfändung überhaupt nicht erörtert werden dürfe, weil der Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß rechtskräftig geworden sei. Der Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß ist nicht rechtskräftig geworden. Die Unzulässigkeit der Pfändung kann vielmehr noch jetzt gemäß § 766 ZPO. jederzeit mit Erfolg geltend gemacht werden. Selbst wenn aber der Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß rechtskräftig wäre, so würde hierdurch an der Rechtsunwirksamkeit der Pfändung und Ueberweisung nichts geändert werden und das Grundbuchamt auf Grund der offensichtlich unwirksamen Pfändung und Ueberweisung die beantragte, gesetzlich nicht zulässige, Eintragung nicht vornehmen dürfen.

Nach alledem war die Beschwerde zurückzuweisen.

Erteilung eines mehrere Hypotheken umfassenden Hypothekenbriefs. Befugnis des Gläubigers, zu verlangen, daß der neue Brief nur die gegenwärtige Lage des Grundbuchs unter Weglassung der bedeutungslos gewordenen Eintragungen wiedergibt.

§§ 66 bis 68 GBO.

Kammergericht Berlin, 9. August 1906. — Bd. 8 S. 56.

Die weitere Beschwerde ist zulässig und auch sachlich begründet. Nach § 66 GBO. ist einem Gläubiger auf seinen Antrag mit Zustimmung des Eigentümers, wenn ihm mehrere Hypotheken zustehen, die gleichen Rang haben oder im Range unmittelbar aufeinanderfolgen, ein Hypothekenbrief in der Weise zu erteilen, daß der Brief die sämtlichen Hypotheken umfaßt. Sind über die Einzelhypotheken, für welche in dieser Art ein gemeinschaftlicher Hypothekenbrief erteilt werden soll, bereits Briefe gebildet, so ist der nach § 66 GBO. herzustellende gemeinschaftliche Brief zugleich ein „neuer Brief" im Sinne des § 67 GBO., der an die Stelle der bisherigen Briefe tritt. Einem Antrage des Berechtigten auf Erteilung eines neuen Briefes ist aber stattzugeben, wenn der bisherige Brief vorgelegt wird. Der Gläubiger hat also ein Recht darauf, daß ihm ein neuer gemeinschaftlicher Brief in den für einen solchen geltenden Formen erteilt wird.

Ueber diese Formen bestimmt nun der § 68 GBO. nur, daß der neue Brief die Angabe zu enthalten hat, daß er an die Stelle des bisherigen Briefes tritt und daß Vermerke, die nach den §§ 1140, 1145, 1157 BGB. für das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger in

Digitized by Google

Betracht kommen, auf den neuen Brief zu übertragen sind. Die Denkschrift zu § 65 des Entwurfs, der dem § 68 GBO. entspricht, bemerkt dazu: „Der neue Brief ist, wie der Entwurf als selbstverständlich voraussetzt, nach der gegenwärtigen Lage des Grundbuchs zu erteilen. Zur Sicherung des Eigentümers ist aber vorgeschrieben, daß Privatvermerke, die nach den §§ 1140, 1145, 1157 BGB. für das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger in Betracht kommen, namentlich also eine nach § 1145 auf den Brief gesetzte Teilquittung zu übertragen sind." Die Preußische Allgem. Vf. zur Ausführung der Grundbuchordnung vom 20. November 1899 enthält zwar keine ausdrücklichen Vorschriften über die Bildung eines neuen oder eines neuen gemeinschaftlichen Briefes, gibt aber in ihrer Anlage E das Muster eines solchen. Das Muster ist ebenso wie der Inhalt der erwähnten allgemeinen Verfügung eine Rechtsnorm, auf deren Beachtung die Beteiligten ein Recht haben und auf deren Verletzung die weitere Beschwerde nach § 78 GBO. gestützt werden kann (zu vergl. KGJ. 21 A, 142, 143, 174). Aus dem Muster ergibt sich als in Preußen geltendes Landesrecht dasselbe, was die Denkschrift zur Grundbuchordnung als selbstverständliche Absicht der Reichsgesetzgebung darlegt, daß nämlich der neue Brief nach dem gegenwärtigen Grundbuchstand, unter Weglassung älterer, bedeutungslos gewordener Eintragungen, insbesondere älterer Abtretungen, zu erteilen ist (zu vergl. RJA. 3, 260). Es ist also hinsichtlich des Betrags der Hypothek, der Zinsen, der Zahlungsbedingungen, des Ranges und des Gläubigerrechts nur der gegenwärtig geltende Rechtszustand in den Brief aufzunehmen und alles frühere wegzulassen. Das ist in dem Muster E auch geschehen. Die Vorinstanzen weisen zwar darauf hin, daß in dem Muster auch die versicherte Forderung geändert sei. Dadurch wird aber der Fall des Musters nur noch verwickelter als der hier vorliegende. Das Muster ist aber auch für den Fall maßgebend, daß die Forderung nur in Nebenbestimmungen geändert wird, und es zeigt, wie die Zusammenfassung geschehen soll, wenn den mehreren Hypotheken Forderungen mit gleichartigen Nebenbestimmungen zugrunde liegen. In dem Muster sind die für die drei Hypothekenforderungen geltenden Bestimmungen zu einer einheitlichen Formel zusammengefaßt so, wie sie sich nach dem zuletzt geschaffenen Grundbuchstande stellen.

Der von der Beschwerdeführerin vorgelegte Brief entspricht nun in keiner Weise dem Muster und den dargelegten Grundsätzen. Er enthält viele Tatsachen und Angaben, die nach dem gegenwärtigen Grundbuchstande keine Bedeutung mehr haben, so die früheren Gläubiger, die Zwischenerwerber, die früheren Zinssätze und Nebenbestimmungen, erledigte Rangänderungen und Forderungsbeträge, die bereits gelöscht sind. Der Brief wird dadurch in hohem Grade unübersichtlich und ungeeignet, dem Gläubiger ein klares Bild von dem gegenwärtigen Grundbuchstande zu gewähren. Die Gläubigerin verlangt daher mit Recht, daß ihr ein den gesetzlichen Vorschriften und insbesondere dem Muster E entsprechender Brief ausgefertigt werde. Die Vorentscheidungen, welche ihr dieses Recht versagen, mußten deshalb aufgehoben werden. Die Sache ist an das Grundbuchamt zurückzuverweisen. Dieses wird den eingereichten Brief zu vernichten und an dessen Stelle einen neuen vorschriftsmäßigen Brief zu erteilen haben, der hinsichtlich des Betrags, der Verzinsungs-, Zahlungs- und sonstigen Nebenbestimmungen, des Ranges und

Digitized by Google

des Gläubigerrechts der Hypotheken nur den gegenwärtigen Rechtszustand wiedergibt. Soweit dazu die wörtliche Wiedergabe der noch geltenden Eintragungsvermerke nicht genügt, wird sich das Grundbuchamt der Aufgabe unterziehen müssen, auf Grund der Eintragungsvermerke den gegenwärtigen Rechtszustand festzustellen und danach die Fassung des Briefes so zu wählen, daß der Grundbuchstand ebenso klar und übersichtlich zum Ausdrucke kommt, wie es in dem Muster E geschieht. Dabei wird das Grundbuchamt unbedenklich davon ausgehen können, daß für die Zins-, Kündigungs- und sonstigen Nebenbestimmungen der Hypothek die in der Urkunde vom 2. Januar 1905 getroffenen Festsetzungen jetzt ausschließlich gelten, während die entsprechenden früheren Festsetzungen gänzlich aufgehoben sind.

Erhöhung des Zinssatzes einer Hypothek auf fünf vom Hundert. Unzulässigkeit der Eintragung der erhöhten Zinsen für die der Eintragung der höheren Verzinsung vorhergehende Zeit ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten.

§ 1119 BGB.

Kammergericht Berlin, 30. August 1906. — Bd. 8 S. 59.

Auf dem Grundstücke der D. steht eine Hypothek von 11 000 Mark eingetragen, welche nach dem Eintragungsvermerke vom 16. Juli 1904 mit den Zinsen zu 4 Prozent seit dem 16. Mai 1904 an die offene Handelsgesellschaft S. & Co. in G. abgetreten worden ist. Unter dem 28. Mai 1906 stellte die Eigentümerin eine von dem Notar K. unterschriftlich beglaubigte Erklärung aus, daß sie bei Abtretung der 11 000 Mark an die Firma S. & Co. mit dieser vereinbart habe, der Zinsfuß solle seit dem 16. Mai 1904 von 4 Prozent auf 5 Prozent erhöht sein, daß sie für diese Zinserhöhung mit ihrem Grundstücke Hypothek bestelle und daß sie bewillige und beantrage, die Zinserhöhung bei der Post der 11 000 Mark im Grundbuch und auf dem Hypothekenbriefe zu vermerken. Am 5. Juni 1906 wurde die Erklärung nebst dem Hypothekenbriefe seitens des Notars K. zu den Grundakten übereicht. Das Amtsgericht lehnte die Eintragung mit der Begründung ab, daß es nicht zulässig sei, die Zinserhöhung für die Zeit vom 16. Mai 1904 bis zum 28. Mai 1906 mit gleichem Rechte wie die Post der 11 000 Mark ohne Einwilligung der nacheingetragenen Gläubiger einzutragen, daß dies vielmehr nur für die Zeit vom 28. Mai 1906 ab geschehen könne. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen; auch der weiteren Beschwerde ist vom Kammergerichte der Erfolg versagt worden aus folgenden Gründen:

Die Vorschrift des § 1119 Abs. 1 BGB.:

> Ist die Forderung unverzinslich oder ist der Zinssatz niedriger als fünf vom Hundert, so kann die Hypothek ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten dahin erweitert werden, daß das Grundstück für Zinsen bis zu fünf vom Hundert haftet.

verfolgt, wie die Motive (3, 646) ergeben, den Zweck, den Eigentümer gegen die Kündigung unverzinslicher oder mit weniger als fünf vom Hundert verzinslicher Hypothekenforderungen zu schützen (zu vergl. RJA. 4, 249). Zur Erreichung dieses Zweckes genügt es aber, wenn die Hypothek für die Zukunft, d. h. in Ansehung der von der Eintragung der Verzinslichkeit oder der höheren

Digitized by Google

Verzinsung ab laufenden Zinsen, ohne Zustimmung der dadurch geschmälerten Berechtigten erweitert werden kann. Von der Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten hinsichtlich etwaiger Zinsen aus früherer Zeit abzusehen, rechtfertigt weder der Sinn noch der Wortlaut des Gesetzes. Das Kammergericht hat denn auch wiederholt ausgesprochen (zu vergl. KGJ. 21 A, 150; 31 A, 337; RJA. 3, 154), daß der § 1119 BGB. ohne Zustimmung der gleichstehenden oder nacheingetragenen Berechtigten bei der unverzinslichen oder mit weniger als fünf vom Hundert verzinslichen Hypothekenforderung die Eintragung einer Zinsverpflichtung bis zu fünf vom Hundert nur für die Zeit von der Eintragung der Zinsenverpflichtung an gestattet. In den früheren Entscheidungen handelte es sich zwar um die Eintragung einer Zinsverpflichtung im Falle der Umwandlung einer Höchstbetragssicherungshypothek in eine Verkehrshypothek und es kam namentlich die Vorschrift des § 1190 Abs. 2 BGB. in Betracht (zu vergl. RG. 60, 243); aus der Begründung jener Entscheidungen ergibt sich jedoch, daß das Kammergericht in allen Fällen der Erweiterung die Zustimmung der gleich- oder nachstehnden Berechtigten nur hinsichtlich künftiger Zinsen für entbehrlich erachtet hat.

Befugnis des Miteigentümers, über den seinem Anteil am Grundstück entsprechenden Teil einer das ganze Grundstück belastenden Eigentümergrundschuld ohne Zustimmung des anderen Miteigentümers zu verfügen.

§§ 420, 741, 1168, 1177 BGB., § 794 Abs. 1 Nr. 4 ZPO.

Kammergericht Berlin, 27. September 1906. — Bd. 8 S. 61.

Im Grundbuche von W. Bd. 13 Bl. 417 sind als Miteigentümer des dort verzeichneten Grundstückes je zur Hälfte der Kaufmann C. in F. und der Gastwirt M. in O. eingetragen. In der Abteilung III des Grundbuchs haften unter Nr. 1[49] 3000 M. Darlehen und unter Nr. 1[54] 6000 M. „Pachtkaution" hypothekarisch. Beide Hypotheken sind nach einer Eintragung im Grundbuch an den Kaufmann S. in B. abgetreten. In der notariell beglaubigten Urkunde vom 4. April 1906 bewilligte S. die Löschung beider Hypotheken. In einer zweiten notariell beglaubigten Urkunde vom 10. Juli 1906 hat der eine der beiden Miteigentümer, der Kaufmann C., mit dem Bemerken, daß auf Grund der Löschungsbewilligung beide Hypotheken Eigentümergrundschulden geworden seien und ihm die Hälfte davon mit 4500 M. anteilig zustehe, diesen Betrag an die P.Bank abgetreten und Umschreibung dieser Teilpost auf den Namen der Zessionarin beantragt. Durch Verfügung vom 18. Juli 1906 teilte das Amtsgericht in K. dem Notar R., der beide Urkunden mit dem Antrag auf Eintragung der Abtretung überreicht hatte, mit, daß diesem Antrage zurzeit nicht entsprochen werden könne, einmal, weil in der Löschungsbewilligung vom 4. April 1906 „ein Verzicht auf die Grundkreditbelastung" nicht ausgesprochen sei, die bloße Löschungsbewilligung aber diesem Verzichte nicht gleichstehe und deshalb die Hypothek nicht Grundschuld geworden sei, und sodann, weil die Hypotheken auf beide Miteigentümer übergegangen seien und deshalb nur diese beiden gemeinschaftlich darüber weiterverfügen könnten. Darauf überreichte die P.Bank eine notariell beglaubigte Urkunde des S. vom 27. Juli 1906, in der dieser der Verfügung des Amts-

Digitized by Google

gerichts entsprechend „auf die Grundkreditbelastung" für beide Hypotheken verzichtete. Zugleich stellte die Bank in dem Schreiben den Antrag, nunmehr die Umschreibung der an sie abgetretenen Teilpost von 4500 M. zu bewirken, mit dem Hinweise, daß es einer Zustimmung des Miteigentümers M. dazu nicht bedürfe. Das Amtsgericht hat indessen diesen Antrag abgelehnt, weil auch über den Teil die Miteigentümer nur gemeinschaftlich verfügen könnten. Die hiergegen eingelegte Beschwerde ist vom Landgerichte zurückgewiesen worden. Die weitere Beschwerde führt aus, daß allerdings über die Hypothek im ganzen nur von beiden Miteigentümern verfügt werden könne, daß aber jeder Miteigentümer über seinen Anteil verfügen dürfe. Deshalb hätte der Grundbuchrichter, wenn er nicht dem gestellten Antrag auf Umschreibung der Hälfte von 4500 M. habe stattgeben wollen, — was in erster Reihe verlangt werde — doch jedenfalls eintragen müssen, daß der Anteil des C. auf die P.Bank übergegangen sei.

Das Kammergericht hat der weiteren Beschwerde stattgegeben und die Sache unter Aufhebung der Vorentscheidungen zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen aus folgenden Gründen:

Die weitere Beschwerde ist nach §§ 71, 78 GBO. zulässig. Sie ist auch begründet. In der Urkunde vom 27. Juli 1906 hat der eingetragene Hypothekengläubiger auf die Hypothek verzichtet. In solchen Falle erwirbt sie nach § 1168 BGB. der Eigentümer des Grundstücks und zwar gemäß § 1177 Abs. 1 als Grundschuld. Steht das Grundstück, wie hier im Eigentume zu Bruchteilen, so erwerben die Miteigentümer diese Grundschuld gemeinschaftlich zu Anteilen. Die Vorinstanzen nehmen an, daß hinsichtlich dieser an mehrere Miteigentümer angefallenen Eigentümergrundschuld das Rechtsverhältnis der Gemeinschaft nach § 741 BGB. entstanden sei, mit der Rechtsfolge, daß die Teilhaber über Realteile der Grundschuld nur gemeinschaftlich zu verfügen berechtigt sein (§ 747) und daß zur Zuweisung eines realen Teiles an einen einzelnen Teilhaber die Aufhebung der Gemeinschaft mittels Teilungsvertrags erforderlich sei (§ 749). Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Das Gemeinschaftsverhältnis nach Bruchteilen entsteht nur, „sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt" (§ 741). Die Gemeinschaft tritt begrifflich dann nicht ein, wenn ein Gegenstand, auf den sie sich beziehen soll, ohne weiteres von Rechts wegen sich dergestalt teilt, daß jedem Teilhaber ein realer Teil desselben als Sondereigentum anfällt. Letzteres ist aber nach der Lehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgesehen bei Geldforderungen, die mehreren Gläubigern gemeinschaftlich zustehen: hinsichtlich ihrer hat das Bürgerliche Gesetzbuch aus dem gemeinen Rechte den Grundsatz angenommen, daß Geldforderungen sich kraft Gesetzes von selbst unter die mehreren Gläubiger teilen (§ 420). Der Umweg, daß auch wegen Geldforderungen eine Gemeinschaft entstehen und zur Erzielung realer Teile ein Teilungsvertrag nötig sein soll, wird vom Gesetz als überflüssige Erschwernis zurückgewiesen, weil der dem Bruchteil entsprechende Realteil arithmetisch bestimmt und auch bei Anlegung eines besonderen Teilungsvertrags nicht anders feststellbar ist. Dieser allgemeine Grundsatz ist aber auch auf die Eigentümergrundschuld in Anwendung zu bringen. Denn die Eigentümergrundschuld, als dingliches Wertrecht an eigener Sache, hat im wesentlichen den Inhalt, sich den in der Zwangsversteigerung ermittelten Wert des Grundstückes in bestimmter

Digitized by Google

Höhe und Rangordnung anzueignen. Da die Eigentümergrundschuld auf die Entnahme einer Geldsumme gerichtet ist, so wird, falls dieser Anspruch mehreren gemeinschaftlich nach Bruchteilen zukommt, jeder ohne weiteres auf denjenigen Realteil der Summe berechtigt, der seinem Bruchteil entspricht. Somit hat jeder der an der Eigentümergrundschuld Mitbeteiligten als Inhaber des entsprechenden Realteils zu gelten, über den er allein und ohne Mitwirkung der übrigen Berechtigten verfügen darf. Man wird auch demzufolge bei der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstückes jedem Mitberechtigten die Befugnis zusprechen müssen, von dem auf die Grundschuld fallenden Geldperzipiendum seinen Realteil zu fordern. Die Auffassung, daß der Anspruch aus einer Grundschuld nach seinem Wesen die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande hat, ist im § 794 Abs. 1 Nr. 4 ZPO. ausdrücklich anerkannt. Ein solcher auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichteter Anspruch ist ohne weiteres geteilt.

Was die Größe der Teile anlangt, so ist sie nach § 420 BGB. nur im Zweifel eine gleiche, grundsätzlich bestimmt sie sich nach dem die Gemeinschaft begründenden Rechtsverhältnisse. Im vorliegenden Falle, wo das Miteigentum als das die Gemeinschaft begründende Rechtsverhältnis den beiden Berechtigten nach Inhalt des Grundbuchs je zur Hälfte zusteht, hat jeder der Miteigentümer mit dem Erwerbe der Grundschuld ohne weiteres die Hälfte mit 4500 M. für sich erworben. Dieses Recht ist seiner alleinigen Verfügung unterworfen, so daß es auch von ihm ohne Zustimmung des anderen abgetreten werden kann.

Eintragung einer Hypothek für ein Darlehen mit dem Vermerke, daß der Gläubiger verpflichtet ist, im Falle der Nichtzahlung der fälligen Forderung seine Befriedigung zunächst aus dem belasteten Grundstücke zu suchen.

§§ 874, 1113, 1115 BGB.

Kammergericht Berlin, 11. Oktober 1906. — Bd. 8 S. 63.

Die Witwe C. ist eingetragene Eigentümerin zweier Bd. 5 Blatt 213 O. berichtigter Parzellen. Am 10. Juli 1906 stellte sie in unterschriftlich beglaubigter Form die folgende Erklärung aus: „Ich bekenne, von Alexander C . . . 30000 M. als Darlehen empfangen zu haben. Dieses Kapital soll vom 1. Januar 1906 ab mit jährlich $3^3/_4$ vom Hundert verzinst werden. . . . Bei etwaiger Nichtzahlung des Kapitals nach Fälligkeit hat der Gläubiger seine Befriedigung zunächst aus dem belasteten Grundstücke zu suchen. Ich bewillige und beantrage die Eintragung einer Hypothek für diese Forderung in das Grundbuch von O. Bd. 5 Blatt 213. Die Erteilung eines Hypothekenbriefes ist ausgeschlossen." Die Urkunde wurde dem Amtsgericht in B. mit dem Antrag auf Eintragung überreicht. Das Amtsgericht lehnte die Eintragung ab, weil die Klausel: „Bei etwaiger Nichtzahlung des Kapitals nach Fälligkeit hat der Gläubiger seine Befriedigung zunächst aus dem belasteten Grundstücke zu suchen" nicht dinglich und deshalb nicht eintragungsfähig sei. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht die Sache unter Aufhebung der Vorentscheidungen zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen aus folgenden Gründen:

Digitized by Google

Den Vorinstanzen ist zwar unbedenklich darin beizupflichten, daß die beanstandete Klausel lediglich einen Bestandteil des persönlichen Forderungsverhältnisses darstellt. Aber gerade weil dies der Fall ist, kann ihre Eintragung nicht beanstandet werden. Die Klausel hat die Bedeutung, daß die Schuldnerin unbedingt bloß mit dem Grundstücke, mit ihrem sonstigen Vermögen dagegen nur unter der Bedingung haften will, daß der Gläubiger aus dem Grundstücke seine Befriedigung ganz oder teilweise nicht zu erlangen vermag. Es handelt sich sonach um eine Hypothek für eine bedingte Forderung und die Bestellung einer solchen ist im § 1113 Abs. 2 BGB. ausdrücklich für zulässig erklärt worden.

Selbstverständlich kann der Antragsteller dem Grundbuchrichter nicht vorschreiben, daß er die Klausel ihrem Wortlaute nach in den Eintragungsvermerk aufnehme. Denn sie gehört nicht zu denjenigen Angaben, die in das Grundbuch selbst einzuschreiben sind, vielmehr findet auf sie der zweite Halbsatz des § 1115 Abs. 1 BGB. Anwendung, wonach „im übrigen" zur Bezeichnung der Forderung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann, und es steht im Ermessen des Grundbuchrichters, wie weit er von dieser Befugnis Gebrauch machen will (zu vergl. Art. 6 PrAG. z. GBO.; RG. 50, 153, RJA. 4, 52). Allein das Verlangen, daß die Klausel im Grundbuche besonders vermerkt werde, ist von der Beschwerdeführerin gar nicht gestellt worden.

Zuschlag eines im Wege der Zwangsversteigerung veräußerten Grundstücks an den eingetragenen Eigentümer. Wirksamkeit einer nach dem Zuschlag, aber vor der Grundbuchberichtigung auf Bewilligung des Eigentümers eingetragenen Hypothek mit der Maßgabe, daß einer für die Forderung gegen den Ersteher einzutragenden Sicherungshypothek der Vorrang gebührt; Unzulässigkeit der Löschung auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts.

§ 23 Abs. 1 Satz 1, §§ 52, 91, 128, 130 ZwVerstG., § 39 GBO.

Kammergericht Berlin, 11. Oktober 1906. — Bd. 8 S. 65.

In der O.schen Zwangsversteigerungssache des Amtsgerichts H. wurden die auf den Grundbuchblättern B. und N. eingetragenen Grundstücke des O. in dem Versteigerungstermin am 23. Februar 1906 von dem Kaufmanne G. in D. als dem Meistbietenden erstanden. Am 9. März 1906 trat G. seine Rechte aus dem Meistgebot an O. ab und übernahm letzterer die Verpflichtungen aus dem Meistgebote. An demselben Tage wurden dann die Grundstücke dem O. selbst, dem Vollstreckungsschuldner, zugeschlagen. Ferner an demselben Tage bewilligte und beantragte O. in notariell beglaubigten Urkunden die Eintragung einer Sicherungshypothek von 100 000 Mark für den Kaufmann S. in H. und einer Briefhypothek von 25 000 Mark für G. auf die vorbezeichneten Grundstücke. Das Grundbuchamt H. trug auf die Grundbuchblätter B. und N., auf welchen die Einleitung der Zwangsversteigerung vermerkt war, die beiden Hypotheken in Abt. III Nr. 11 und 12 bezw. 5 und 6 am 15. März 1906 ein. In dem Kaufgelderbelegungstermin am 18. April 1906 zahlte O. den von dem Meistgebote bar zu erlegenden Betrag nicht und wurde deshalb die Forderung aus dem Zuschlagsbeschlusse gegen O. auf verschiedene Empfangsberechtigte in Höhe dieses Bargebots übertragen. Demnächst ersuchte das Vollstreckungsgericht das Grundbuchamt H.

Digitized by Google

am 21. April 1906, den „Ersteher O. auf Grund des Zuschlagsbeschlusses vom 9. März 1906 auf die Grundbuchblätter B. und N. als Eigentümer einzutragen, in Abt. III die nach den Posten Nr. 4 bezw. 3 etwa weiter eingetragenen Posten" zu löschen und Sicherungshypotheken für die überwiesenen Gläubiger einzutragen. Das Grundbuchamt H. entsprach diesem Ersuchen durch Verfügung vom 26. April 1906, trug O. von neuem als Eigentümer auf Grund Zuschlagsbeschlusses ein, löschte in Abt. III sämtliche auf die Posten Nr. 4 bezw. 3 folgenden Posten, darunter auch die vorgenannten beiden Hypotheken von 100 000 und 25 000 Mark und trug die Sicherungshypotheken ein. Demnächst sind im Wege der Vollziehung eines Arrestes bezw. im Wege der Zwangsvollstreckung Sicherungshypotheken in Höhe von 13 100 Mark, 1244,50 Mark und 4012,37 Mark eingetragen worden. O. hat gegen die vom Grundbuchrichter vorgenommene Löschung der auf B. und N. eingetragenen beiden vorerwähnten Hypotheken des S. und des G. Beschwerde eingelegt. Das Landgericht H. hat die Beschwerde zurückgewiesen.

Das Kammergericht hat der weiteren Beschwerde stattgegeben und unter Aufhebung der Vorentscheidungen das Amtsgericht angewiesen, auf den Grundbuchblättern B. und N. je einen Widerspruch gegen die Löschung der Sicherungshypothek von 100 000 Mark Abt. III Nr. 11 bezw. 5 zugunsten des Kaufmanns S. in H. und gegen die Löschung der Hypothek von 25 000 Mark Abt. III Nr. 12 bezw. 6 zugunsten des Kaufmanns G. zu D. nach Maßgabe der nachstehenden Entscheidungsgründe einzutragen:

Die Beschwerde richtet sich gegen eine Eintragung, da die Grundbuchordnung unter „Eintragung", soweit das Gesetz nicht ausnahmsweise durch einen Zusatz, wie beispielsweise im § 14 durch den Zusatz „des Berechtigten", den Begriff beschränkt, eine Löschung mitbegreift. Gemäß § 71 Abs. 2 Satz 1, 2, § 54 GBO. aber ist eine Beschwerde gegen eine Löschungseintragung nur mit dem Ziele der Anweisung an das Grundbuchamt, nach § 54 GBO. einen Widerspruch einzutragen, zulässig. Die Wiedereintragung der gelöschten Post kann mit der Beschwerde nicht verfolgt werden. Eine solche Wiedereintragung stellt sich als eine Berichtigung des Grundbuchs im Sinne des § 22 GBO. dar und ist daher gemäß § 13 GBO. bei dem Grundbuchamt in Antrag zu bringen. Zur Entscheidung steht demnach vorliegend nur die Frage, ob die Voraussetzungen für die Eintragung eines Widerspruchs gegen die vom Grundbuchrichter vorgenommene Löschung der beiden Hypotheken gegeben sind. Diese Frage ist zu bejahen.

Zunächst ist die Löschung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen worden. Allerdings gründet sich die Löschung auf das Ersuchen des Vollstreckungsrichters, in welchem beantragt war, alle auf den Grundbuchblättern B. und N. nach den Posten Abt. III Nr. 4 bezw. 3 „etwa weiter eingetragenen Posten" zu löschen, und welches daher auch die beiden fraglichen Hypotheken mitumfaßte. Aber der Vollstreckungsrichter war nicht befugt, das Grundbuchamt um Löschung der letzteren Hypotheken zu ersuchen. Nach § 130 Abs. 1 Satz 1 ZwVG. ist, nachdem der Teilungsplan ausgeführt und der Zuschlag rechtskräftig geworden ist, das Grundbuchamt vom Vollstreckungsrichter zu ersuchen, den Ersteher als Eigentümer einzutragen, den Versteigerungsvermerk sowie die durch den Zuschlag erloschenen Rechte zu

Digitized by Google

löschen und die Eintragung der Sicherungshypotheken für die Forderung gegen den Ersteher zu bewirken. Die Zulässigkeit des Ersuchens ist also hinsichtlich der Vornahme von Löschungen, abgesehen von dem Versteigerungsvermerk, auf die „durch den Zuschlag erloschenen" Rechte beschränkt. Durch den Zuschlag erlöschen aber gemäß § 91 ZwVG. nur diejenigen Rechte, welche vor dem Zuschlag eingetragen sind und nicht nach den Versteigerungsbedingungen (§§ 52, 59 ZwVG.) bestehen bleiben sollen. Rechte, die nach dem Zuschlag etwa eingetragen sind, können materiell unwirksam sein, so insbesondere, wenn sie auf Grund einer Eintragungsbewilligung des Vollstreckungsschuldners als solchen eingetragen sind, der gemäß § 90 ZwVG. durch den Zuschlag das Eigentum und damit das Verfügungsrecht hinsichtlich des versteigerten Grundstücks verloren hat; aber sie erlöschen nicht infolge des vorher erteilten Zuschlags. Das Vollstreckungsverfahren hat, soweit es auf die Versteigerung des Grundstücks gerichtet war, mit der Erteilung des Zuschlags seinen Abschluß gefunden; der Vollstreckungsrichter hat nunmehr nur noch den erzielten Erlös unter denjenigen, die auf Grund von Rechten am Grundstücke, welche vor dem Zuschlag entstanden, beteiligt sind (§§ 9, 105 Abs. 2 ZwVG.), zur Verteilung zu bringen, den Teilungsplan durchzuführen und die Rechte derjenigen, denen etwa die Forderung gegen den Ersteher übertragen wird (§§ 118, 125 ZwVG.), sicherzustellen (§ 128 ZwVG.). Abgesehen von letzterer Sicherstellung, auf die unten weiter einzugehen sein wird, berühren Rechtsänderungen, welche hinsichtlich des Grundstücks nach dem Zuschlag eintreten, die am Zwangsversteigerungsverfahren Beteiligten als solche nicht, sondern nur den Ersteher als nunmehrigen Eigentümer, unter Umständen auch am Grundstücke dinglich Berechtigte. Die Rechte dieser gegenüber der Rechtsänderung, insbesondere etwa auf Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 GBO., wenn ein nach dem Zuschlag eingetragenes Recht ihnen gegenüber unwirksam ist, hat der Vollstreckungsrichter nicht wahrzunehmen. Er ist auch, soweit es sich um zur Eintragung gebrachte Rechte handelt, nicht in der Lage, ihre Rechtsbeständigkeit zu prüfen, da hinsichtlich der nach dem Zuschlag eingetragenen Rechte die erforderlichen Unterlagen dazu ihm die Zwangsversteigerungsakten nicht bieten, ganz abgesehen davon, ob er von diesen Eintragungen überhaupt Kenntnis durch den Grundbuchrichter erhält. Demnach ist der Vollstreckungsrichter nicht für zuständig zu erachten, das Ersuchen um Löschung auf die nach dem Zuschlag eingetragenen Rechte zu erstrecken. Daraus folgt für den vorliegenden Fall, daß der Grundbuchrichter das Ersuchen des Vollstreckungsrichters um Löschung, soweit es die beiden fraglichen, nach dem Zuschlag eingetragenen Hypotheken betraf, abzulehnen hatte; denn nach § 39 GBO. hat das Grundbuchamt, dem die Eintragungsbewilligung (§ 19) und den Eintragungsantrag (§ 13 GBO.) ersetzenden Ersuchen einer Behörde um Eintragung nur dann stattzugeben, wenn die Behörde nach gesetzlicher Vorschrift zu dem Ersuchen befugt ist (RJA. 2, 184; 3, 217). Der Grundbuchrichter konnte auch aus dem Datum des Zuschlagsbeschlusses, das ihm vom Vollstreckungsrichter, da bei der Eigentumseintragung des Erstehers als deren Grundlage der Zuschlagsbeschluß mit einzutragen ist (§ 10 Nr. 3 PrAllgVfg. vom 20. November 1899 zur Ausführung der GBO.), mitgeteilt werden mußte und auch vorliegend mitgeteilt worden ist, die spätere Zeitfolge der Eintragungen der beiden Hypotheken ersehen, da diese am 15. März

Digitized by Google

eingetragen waren, der Zuschlagsbeschluß aber vom 9. März datierte. Hiernach hat der Grundbuchrichter die Löschung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften, insbesondere des § 39 GBO. und des § 130 ZwVG. vorgenommen.

Ferner ist auch das Grundbuch durch diese Löschung unrichtig geworden. Denn die beiden Hypotheken waren (wenn auch mit anderem Range) tatsächlich rechtsbeständig. Zunächst hatte der Grundbuchrichter ihre Eintragung nach dem Inhalte der zugrundeliegenden Eintragungsbewilligungen vom 9. März 1906 mit Recht bewirkt. Allerdings war die Eintragung von dem Beschwerdeführer als eingetragener Eigentümer bewilligt und in Abt. II war der Vermerk über Einleitung der Zwangsversteigerung eingetragen. Jedoch ist der Grundstückseigentümer trotz Anordnung der Zwangsversteigerung und der mit dieser unter den Voraussetzungen des § 22 ZwVG. eintretenden Beschlagnahme des Grundstücks (§ 20 Abs. 1 ZwVG.) befugt, das Grundstück noch weiter mit Hypotheken zu belasten, da die Beschlagnahme gemäß § 23 Abs. 1, § 20 Abs. 1 ZwVG. nur die Wirkung eines Veräußerungsverbots zugunsten des betreibenden Gläubigers hat. Deshalb durfte der Grundbuchrichter die auf Grund der Eintragungsbewilligung des Eigentümers beantragte Eintragung der beiden Hypotheken nicht ablehnen. Diese Eintragung war aber auch nicht nur zurzeit der Eintragung rechtswirksam, sondern sie behielt auch fernerhin ihre Wirksamkeit. Regelmäßig allerdings erlöschen die von dem Vollstreckungsschuldner vor dem Zuschlage bewilligten Eintragungen gemäß §§ 91, 52 ZwVG. mit dem Zuschlag und sind die von dem Schuldner nach dem Zuschlage bewilligten Eintragungen, wie oben dargelegt ist, rechtsungültig. Vorliegend aber ist dem Vollstreckungsschuldner selbst der Zuschlag erteilt worden und er ist somit trotz des Zuschlags noch Eigentümer des Grundstücks, freilich nunmehr aus einem neuen Rechtsgrunde. Daher steht der Rechtsbeständigkeit der fraglichen beiden Hypotheken, deren Eintragung erst nach dem Zuschlag erfolgt ist, ein mit dem Zuschlag eingetretener Wechsel im Eigentum und in der Verfügungsbefugnis nicht entgegen. Ferner aber ist auch die Rechtsunwirksamkeit nicht aus § 130 Abs. 3 ZwVG. zu entnehmen. Nach dieser Vorschrift darf, wenn der Ersteher, bevor er als Eigentümer eingetragen worden ist, die Eintragung eines Rechtes an dem versteigerten Grundstücke bewilligt hat, die Eintragung nicht vor der Erledigung des vorerwähnten, vom Vollstreckungsrichter an das Grundbuchamt zu richtenden, Ersuchens erfolgen. Dieses Verbot von Eintragungen in der Zeit zwischen der Erteilung des Zuschlags und der Erledigung des Ersuchens hat auch dann zu gelten, wenn, wie vorliegend, der Vollstreckungsschuldner und Eigentümer selbst den Zuschlag erhält und also der Ersteher bereits als Eigentümer im Grundbuch eingetragen steht; denn § 130 Abs. 3 gibt das Grundbuch für Eintragungen erst dann frei, wenn das Eigentum des Erstehers als solches eingetragen ist, und auch der Ersteher, welcher zur Zeit der Erteilung des Zuschlags bereits Eigentümer des Grundstücks ist, erlangt durch den Zuschlag ein neues Eigentum auf anderer Grundlage wie bisher und er ist auf Grund des Zuschlagsbeschlusses von neuem als Eigentümer in das Grundbuch einzutragen. Es fragt sich daher, ob eine in der genannten Zwischenzeit dem Eintragungsverbote zuwider erfolgte Eintragung rechtsungültig ist. Dies ist zu verneinen. Für die Ungültigkeit scheint allerdings der Ausdruck „darf . . . nicht" zu sprechen. Allein dieser Ausdruck hat in den Gesetzen nicht, wie der Ausdruck „kann nicht" (vergl. §§ 8, 35,

Digitized by Google

38, 108 Abs. 2, 469, 470 BGB.), die allgemein feststehende Bedeutung, daß der Rechtsakt, der nicht vorgenommen werden darf, im Falle der Vornahme rechtsunwirksam ist, vielmehr ist regelmäßig der Rechtsakt wirksam und hat die verbotwidrige Vornahme nur andere Nachteile zur Folge (vergl. §§ 52 Abs. 2, 627 Abs. 2, 671 Abs. 2 BGB., § 17 der GBO.), auch ist, wenn das Gesetz den Ausdruck in Fällen gebraucht, in denen die Unwirksamkeit des Rechtsaktes die Folge des Zuwiderhandelns ist, diese Folge in der Regel noch ausdrücklich bestimmt (vergl. §§ 456, 458; § 795 Abs. 1, 3; §§ 1240, 1243; §§ 1309, 1310, 1312, 1326, 1327, 1328 BGB.). Es ist daher nach der Gesetzessprache die Auslegung des „darf . . . nicht" im § 130 Abs. 3 ZwVG. dahin, daß mit dem Verbote die erstbezeichnete schwächere Wirkung verbunden sein soll, für gerechtfertigt zu erachten. Eine Bestätigung findet diese Annahme in der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Nach dem § 90 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs sollte das „Recht", Eintragungen in das Grundbuch zu beantragen, dem Ersteher erst zustehen, nachdem er als Eigentümer eingetragen worden wäre. Es sollte also dem Ersteher die Befugnis zur Vornahme von Veräußerungs- und Belastungsakten bis zu seiner Eigentumseintragung überhaupt entzogen sein. Diese Bestimmung wurde in der Reichstagskommission, um dem Ersteher die Aufnahme von Hypotheken in der Zwischenzeit zu ermöglichen, durch das Verbot lediglich der Eintragung im § 130 Abs. 3 ZwVG. ersetzt. Zweck dieses Verbots aber ist, zu verhindern, daß durch Eintragungen, welche der Ersteher in der Zwischenzeit herbeigeführt hat, diejenigen Zwangsversteigerungsinteressenten, für welche etwa in Ausführung des Teilungsplans Rechte, insbesondere Sicherungshypotheken nach Maßgabe des § 128 ZwVG., in das Grundbuch auf Ersuchen des Vollstreckungsrichters einzutragen sind, benachteiligt werden. Es dient also das Verbot dem Schutze solcher etwaiger Interessenten, mit deren Rechten das vom Ersteher erworbene Grundstück als von vornherein belastet erscheint: für sie soll, da die Grundbuchberichtigung nicht unmittelbar im Anschluß an den Zuschlag erfolgen kann, sondern erst die Beendigung des Verteilungsverfahrens abgewartet werden muß, das Grundbuch freigehalten werden, so daß ihre Rechte bei der demnächstigen Eigentumseintragung für den Ersteher an der zur Zeit des Zuschlags bereitesten Stelle zur Eintragung gelangen (RJA. 6, 268, 272; OLGRspr. 9, 382). Daraus folgt, daß das Verbot weder eine bloße Ordnungs- oder Verfahrensvorschrift ist, deren Verletzung keine rechtlichen Folgen nach sich zieht, noch ein die Nichtigkeit der verbotswidrigen Eintragung bewirkendes absolutes Verbotsgesetz, sondern daß das Verbot nur zugunsten der vorbezeichneten Zwangsversteigerungsinteressenten wirkt, so daß deren einzutragende Rechte den Vorrang vor den in der Zwischenzeit erfolgten Eintragungen beanspruchen können, während diese im übrigen rechtswirksam sind.

Demnach sind im vorliegenden Falle die in Rede stehenden, auf Grund der Bewilligung des bisherigen Eigentümers und gleichzeitigen Erstehers nach dem Zuschlag eingetragenen, beiden Hypotheken rechtswirksam gewesen und trotz der ohne rechtlichen Grund erfolgten Löschung materiell rechtsbeständig geblieben. Es ist daher das Grundbuch durch die Löschung der beiden Hypotheken unrichtig geworden und noch unrichtig. Hiernach sind die Voraussetzungen der Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 54 Abs. 1 GBO. gegeben.

Digitized by Google

Unzulässigkeit der Eintragung einer Rangänderung, durch die einer nachstehenden Hypothek der Vorrang vor dem jeweils getilgten Teile anderer im Range vorgehender Hypotheken beigelegt wird.

§ 880 BGB.

Kammergericht Berlin, 11. Oktober 1906. — Bd. 8 S. 70.

Auf dem Grundstücke P. Bd. 5 Bl. Nr. 102 steht in Abt. III Nr. 16 für die P. C. B. Aktiengesellschaft eine Darlehnshypothek von 60 000 Mark eingetragen, welche durch regelmäßige Amortisationszahlungen, unter gewissen Umständen aber durch außerordentliche Rückzahlungen zu tilgen ist, und sind ferner die Hypotheken Abt. III Nr. 17, 19, 20 von zusammen 20 000 Mark, im Range auf die Post Nr. 16 folgend, für die P. C. B. Aktiengesellschaft auf Grund der Urkunden vom 5. und 27. April 1906 umgeschrieben. In diesen Urkunden, in welchen die Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen der letztgenannten drei Hypotheken geändert worden sind, ist zugleich von dem Grundstückseigentümer Töpfermeister N. erklärt worden, er räume den Hypotheken Nr. 17, 19 und 20 von zusammen 20 000 Mark den Vortang ein „vor allen durch die regelmäßigen oder durch außerordentliche Rückzahlungen zur Tilgung gelangten und noch gelangenden Teilen der Post Nr. 16 von 60 000 Mark" und beantrage, diese Vorrangseinräumung bei allen diesen Posten einzutragen. Die P. C. B. Aktiengesellschaft ist diesen Erklärungen zustimmend beigetreten. Das Amtsgericht P. hat die Eintragung des Vorrangs abgelehnt, weil eine Verfügung über Rechte, deren Entstehung dem Grundbuchamte nicht nach Grund und Betrag nachgewiesen werden könne, dem das Grundbuchrecht beherrschenden Spezialitätsprinzipe widerspreche. Die hiergegen eingelegte Beschwerde ist vom Landgerichte P. zurückgewiesen worden mit der Begründung: Es könne dahingestellt bleiben, ob hinsichtlich der noch nicht amortisierten Beträge die Verfügung des nicht berechtigten Grundstückseigentümers durch die Zustimmung des Gläubigers wirksam werde, wie das Kammergericht in dem Beschlusse KGJ. 26 A, 145 angenommen habe; bedenklich erscheine dies immerhin, da die Verfügung nicht die dem Gläubiger zustehende Hypothek betreffe, sondern die dem Grundstückseigentümer künftighin anfallende Eigentümergrundschuld, die Zurückweisung des Eintragungsantrags sei aber aus dem vom Amtsgerichte geltend gemachten Grunde gerechtfertigt, und zwar um so mehr, als die Vorrangseinräumung sich auch auf die außerordentlichen Rückzahlungen beziehe und sonach selbst unter Zuhilfenahme der in dem Eintragungsvermerk in bezug genommenen Urkunden nicht mit Sicherheit festzustellen sein werde, wie weit die Amortisation gediehen sei. In der weiteren Beschwerde hierüber wird geltend gemacht: Daß bei einer Vorrechtseinräumung der zurücktretende Teil der Hypothekenpost der Summe nach erkennbar sein müsse, sei aus dem Gesetze nicht zu entnehmen. Zum mindesten hätte dem Eintragungsantrag insoweit stattgegeben werden müssen, als er sich auf die bereits amortisierten Teile der Post Abt. III Nr. 16 beziehe.

Die weitere Beschwerde ist vom Kammergerichte zurückgewiesen worden aus folgenden Gründen:

Das Kammergericht hat in dem angegebenen Beschlusse ausgesprochen, es könne, wenn zwei im Range aufeinander folgende Hypotheken einem Gläubiger zustünden, auf Grund der Bewilligung des Grundstückseigentümers

Digitized by Google

und der Zustimmung des Gläubigers für die im Range nachstehende Hypothek der Vorrang vor den jeweils abgetragenen Teilen der vorgehenden Hypothek eingetragen werden. Diese Entscheidung kann nach nochmaliger Prüfung und bei Inbetrachtnahme der Ausführungen des Reichsgerichts in dem Beschlusse vom 18. Oktober 1905 (RJA. 6, 215, 222) bezüglich der Unzulässigkeit der Eintragung von Verfügungen des Grundstückseigentümers über künftig etwa entstehende Eigentümerhypotheken nicht aufrecht erhalten werden. Im früheren Preußischen Rechte wurde auf Grund der Vorschrift des § 35 des Gesetzes über den Eigentumserwerb der Grundstücke vom 5. Mai 1872 vorherrschend die Auffassung vertreten, daß durch die Vorrechtseinräumung nur obligatorische Rechte und Pflichten unter den daran unmittelbar Beteiligten begründet würden, daß der zurücktretende Berechtigte nur die persönliche Verpflichtung habe, dem Vortretenden bei der Kaufgelderverteilung im Zwangsversteigerungsverfahren die Befriedigung aus den Kaufgeldern an seiner Stelle zu gestatten, und daß die Eintragung der Vorrechtseinräumung nur die Wirkung habe, daß die persönliche Verpflichtung auf den dritten Erwerber der zurückgetretenen Post übergehe. Diese Auffassung kann für die Vorrechtseinräumung nach dem BGB. keine Geltung beanspruchen. Gemäß § 880 Abs. 1, 2 BGB. ist zur nachträglichen Aenderung des Rangverhältnisses ebenso wie zur Aenderung des Inhalts eines Rechtes an einem Grundstücke nach § 887, § 873 Abs. 1 BGB. Einigung der Beteiligten und Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Daraus ergibt sich, daß durch dinglichen Vertrag und Eintragung der dem einen Rechte nach § 879 BGB. vor dem anderen Rechte zustehende Vorrang dem letzteren Rechte mit dinglicher Wirkung beigelegt wird. Diese dingliche Wirkung der Vorrechtseinräumung nicht nur gegen den zurücktretenden Berechtigten, sondern gegenüber jedermann, mit der aus § 880 Abs. 5 sich ergebenden Ausnahme der Zwischenberechtigten, wird auch in den Motiven (3, 229 u. 231), in den Protokollen (3, 93 u. 95) und in der Denkschrift (Bahlen S. 178) mehrfach ausdrücklich hervorgehoben. Wie die Rangänderung hinsichtlich der eintretenden Umgestaltung der Rechtsbeziehungen der beteiligten Rechte untereinander rechtlich zu charakterisieren, ob sie als Abtretung des Rangrechts oder als eine durch nicht rechtsgeschäftliche Aufhebung des zurücktretenden Rechtes und durch jedwede Aufhebung des vortretenden Rechtes resolutiv bedingte beiderseitige Abtretung des Ranganspruchs oder als eine Belastung des zurücktretenden Rechtes zugunsten des vortretenden aufzufassen ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls wird, was vorliegend allein in Betracht kommt, bei der Rangänderung von demjenigen, der sein Recht zurücktreten läßt, eine unverzüglich wirksame sachenrechtliche Verfügung über dieses Recht insofern vorgenommen, als von ihm die mit dem Rechte verbundene Berechtigung, Befriedigung aus dem Grundstücke vor den nachstehenden Rechten zu verlangen, zugunsten des vortretenden Rechtes aufgegeben wird. Eine Verfügung aber mit solcher sachenrechtlichen Wirkung, welche im Wege der Einigung zwischen den Beteiligten und der Eintragung in das Grundbuch erfolgen soll, kann begrifflich nur ein bestehendes dingliches Recht am Grundstücke zum Gegenstande haben (RJA. 4, 243; 5, 270). Ein solches Recht ist nicht die Aussicht des Grundstückseigentümers auf möglichen künftigen Erwerb einer Eigentümerhypothek. Durch die Eintragung einer Hypothek wird für den Eigentümer nur die Möglichkeit eröffnet, daß, wenn

Digitized by Google

später einmal, insbesondere infolge Tilgung der Hypothekenforderung gemäß § 1163 Satz 2 BGB., sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person vereinigen sollte, die Hypothek gemäß § 1177 BGB. auf ihn übergeht. Ein Vermögensrecht aber, über das er mit sachenrechtlicher sofortiger Wirkung verfügen kann, erlangt er erst dann, wenn der Fall der Entstehung der Eigentümerhypothek in seiner Person wirklich eintritt (RJA. 2, 187; 4, 243; 5, 270). Insbesondere erhellt die rechtliche Unmöglichkeit einer sachenrechtlichen Verfügung durch Rangänderung der künftigen Eigentümerhypothek daraus, daß die Rangänderung nach Maßgabe des § 880 BGB. zum Zwecke hat, das Rangverhältnis mehrerer eingetragener Rechte zueinander umzugestalten und das Vorrangsrecht des einen Rechtes dem anderen zuzuweisen; daß aber, wenn lediglich der Rang der aus einer (vorgehenden) Hypothek künftig etwa entstehenden Eigentümerhypothek der anderen (nachstehenden) Hypothek beigelegt würde, tatsächlich doch das Rangverhältnis zwischen den beiden eingetragenen Hypotheken unverändert bliebe und somit die dingliche Wirkung, die das Gesetz mit der Rangänderung verbunden wissen will, in Wirklichkeit gar nicht einträte. Allerdings wird, wenn das Rangverhältnis zweier Hypotheken geändert wird, dadurch auch die Rechtslage der künftig etwa aus diesen Hypotheken entstehenden Eigentümerhypotheken mitbetroffen und es ist deshalb, weil der Eigentümer durch eine Rangverschlechterung einer künftig etwa ihm zufallenden Hypothek geschädigt werden könnte, im § 880 Abs. 2 Satz 2 BGB. die Zustimmung des Eigentümers zum Zurücktreten einer Hypothek erfordert (Motive 3, 231). Daraus aber, daß diese Zustimmung des Eigentümers auch den etwaigen anderen künftigen Eigentümerhypothekar bindet, ist nicht zu folgern, daß der Eigentümer auch die etwaige künftige Eigentümerhypothek für sich allein mit der letztgedachten Wirkung hinsichtlich des Ranges ändern kann. Denn bei der Rangänderung mehrerer Hypotheken verfügt in erster Linie der Gläubiger der zurücktretenden Post über sein gegenwärtig bestehendes Recht und der Eigentümer hat nur aus dem genannten Billigkeitsgrunde durch seine akzessorische Zustimmung mitzuwirken.

In dem vorgenannten Beschlusse des Kammergerichts (KGJ. 26 A, 146) ist ebenfalls zunächst ausgeführt, der Grundstückseigentümer könne, solange er die Hypothek nicht als Eigentümerhypothek erworben habe, sondern nur die Möglichkeit eines Erwerbes vorliege, mit der Eigentümerhypothek nicht einer anderen Hypothek den Vorrang einräumen, da ihm noch kein dingliches Recht an der Hypothek zustehe und er daher nicht die Möglichkeit einer Verfügung mit sachenrechtlicher Wirkung habe. Demnächst aber wird für den dort gegebenen, dem hier vorliegenden gleichen Fall, daß der Gläubiger der vorgehenden Hypothek, aus der möglicherweise durch Abtragung von Teilbeträgen gemäß §§ 1163, 1177 BGB. künftig Eigentümergrundschulden entstehen, zugleich auch Gläubiger der nachstehenden Hypothek ist, die Vorrangseinräumung des Eigentümers mit der künftigen Eigentümergrundschuld deswegen für zulässig erklärt, weil der Gläubiger, wie dies auch im vorliegenden Falle geschehen ist, seine Einwilligung zu der Vorrangseinräumung gegeben hatte. Begründet wird dies damit, daß nach § 880 Abs. 2 BGB. der Gläubiger, dem mehrere Hypotheken an einem Grundstücke zuständen, die Rangverhältnisse unter diesen mit Zustimmung des Eigentümers umgestalten könne, und zwar, unter Fortfall der sonst erforderlichen Einigung des zurücktretenden und des

Digitized by Google

vortretenden Berechtigten, durch einseitige Erklärung, und daß durch die Einwilligung des Gläubigers die Verfügung des Eigentümers Wirksamkeit erlangt habe. Diese Rechtsauffassung kann nach nochmaliger Prüfung nicht für zutreffend erachtet werden. Ob die Umwandlung der Rangverhältnisse mehrerer Hypotheken, die sich in der Hand desselben Gläubigers befinden, durch einseitige Erklärung des Gläubigers erfolgen kann (RJA. 5, 73, 77), kann dahingestellt bleiben. Bei der Vorrangseinräumung mit der etwaigen künftigen Eigentümerhypothek ist der Gläubiger der beiden Hypotheken, aus welcher die künftige Eigentümerhypothek entstehen soll, überhaupt nicht beteiligt. Denn es soll nicht das Rangverhältnis der gegenwärtig bestehenden beiden Hypotheken zueinander mit sofortiger dinglicher Wirkung geändert werden, sondern die etwaige künftige Eigentümerhypothek soll gegenüber der nachstehenden Hypothek im Range zurücktreten. Inhaber der künftigen Eigentümerhypothek ist aber nicht der Gläubiger der vorgehenden gegenwärtigen Hypothek als solcher, sondern möglicherweise wird es einmal der Eigentümer sein. Nur dieser würde, wenn er über die Eigentümerhypothek dinglich verfügen könnte, „der zurücktretende Berechtigte" im Sinne des § 880 Abs. 2 BGB. sein, welcher der nachstehenden Hypothek den Vorrang vor der künftigen Eigentümerhypothek zu bewilligen hätte, während der Hypothekengläubiger nur als „vortretender Berechtigter" in Betracht käme; die nach § 880 Abs. 2 Satz 2 BGB. erforderliche Zustimmung des Eigentümers als solchen würde in der Zurücktretungserklärung des Eigentümers als möglichen Inhabers der künftigen Eigentümerhypothek mitenthalten sein. Daraus folgt, daß der Hypothekengläubiger dem Eigentümer die diesem tatsächlich nicht zustehende Verfügungsmacht hinsichtlich der künftigen Eigentümerhypothek nicht durch seine Zustimmung zur Vorrangseinräumung gewähren kann, da auch er zur Verfügung über die künftige Eigentümerhypothek nicht befugt ist. Dies wird klarer, wenn man den nach der vorerörterten Richtung gleich zu beurteilenden Fall in Betracht zieht, daß die Gläubiger der beiden Hypotheken verschiedene Personen sind. Wäre die fragliche Vorrangseinräumung überhaupt zulässig, so könnte sie durch Einigung zwischen dem Eigentümer als dem möglichen Inhaber der künftigen Eigentümerhypothek und dem Gläubiger der nachstehenden Hypothek allein erfolgen; der Zuziehung des Gläubigers der vorgehenden (erststelligen) Hypothek würde es nicht bedürfen, da der Rang seiner Hypothek nicht geändert werden soll. Die tatsächlich aber unwirksame Vorrangseinräumung des Eigentümers mit der künftigen Eigentümerhypothek wird nicht dadurch wirksam, daß der Gläubiger der vorgehenden Hypothek seine Zustimmung gibt, da ihm die künftige Eigentümerhypothek, die im Range zurücktreten soll, nicht zusteht. Die in dem der Entscheidung KGJ. 28 A, 139 vorangestellten Rechtsgrundsatze zum Ausdrucke gelangte gegenteilige Ansicht, daß in diesem Falle die Bewilligung des vorgehenden Hypothekengläubigers die Vorrangseinräumung mit der etwaigen künftigen Eigentümerhypothek ermögliche, kann ebenfalls nicht aufrecht erhalten werden. Hiernach ist vorliegend die Erklärung des Grundstückseigentümers, daß er den Hypotheken Nr. 17, 19 und 20 vor allen durch die regelmäßigen oder durch außerordentliche Rückzahlungen zur Tilgung gelangten und noch gelangenden Teilen der Post Nr. 16 von 60 000 M. den Vorrang einräume, trotz Zustimmung der Beschwerdeführerin als Inhaber dieser Hypotheken insoweit unwirksam, als sie die etwa künftig durch Zahlung

Digitized by Google

von Teilbeträgen entstehenden Eigentümergrundschulden betrifft, und ist daher die Eintragung der Vorrangseinräumung in dieser Hinsicht mit Recht von den Vorinstanzen abgelehnt worden.

Uebrigens würde sich die Unzulässigkeit der Eintragung auch dann ergeben, wenn die vom Reichsgericht in dem Beschlusse vom 18. Oktober 1905 (RJA. 6, 215) zur Begründung allerdings nur der Unzulässigkeit der Eintragung der Pfändung einer möglichen künftigen Eigentümerhypothek dargelegte Rechtsauffassung, daß Wesen und Zweck der Grundbucheinrichtung der Aufnahme des etwaigen künftigen Eigentümerhypothekars und seiner Verfügungen in das Grundbuch widerstreite, zu verallgemeinern und auch auf die Eintragung einer Vorrangseinräumung mit einer künftigen Eigentümerhypothek anzuwenden wäre. Jedoch bedarf es vorliegend eines Eingehens hierauf nicht.

Was sodann die zurzeit bereits bezahlten Teile der Post Abt. III Nr. 16 anlangt, so würde in Höhe der Zahlungen, soweit diese nicht etwa zur Ansammlung eines Guthabens des Schuldners, mit welchem erst später die Tilgung der Schuld durch Aufrechnung erfolgt, bestimmt sind, die genannte Hypothek schon jetzt auf den Eigentümer als Eigentümergrundschuld übergegangen (zu vergl. KGJ. 20 A, 208; 26 A, 147) und würde der Eigentümer darüber zu verfügen und also insoweit den Vorrang zu bewilligen befugt sein. Es ist aber nicht angegeben, geschweige denn urkundlich festgestellt, in welcher Höhe Zahlungen mit der Wirkung sofortiger Tilgung der fraglichen amortisierbaren Hypothekenforderung geleistet worden sind. Daher kann auch bezüglich dieser etwaigen Teilzahlungen die Eintragung der Vorrangseinräumung nicht erfolgen. Ein Vermerk dahin, daß die Hypotheken Nr. 17, 19, 20 vor den bereits bezahlten Teilen der Hypothek Nr. 16 den Vorrang hätten, kann für zulässig nicht erachtet werden. Denn, wenn einzelne Teile einer Hypothek einem anderen als dem eingetragenen Gläubiger zustehen und das Rangverhältnis dieser Teile von dem des Restbetrags verschieden gestaltet werden soll, so hat die Eintragung der Rangänderung zur Folge, daß die Hypothek in Teilhypotheken, deren Rechtslage verschieden ist, zerfällt, und es muß daher, wie bei der Eintragung der Hypothek ein bestimmter Geldbetrag der Forderung gemäß § 1115 BGB. anzugeben ist, auch bei dieser die Teilung der Hypothek herbeiführenden Eintragung der betreffende Teilbetrag vermerkt werden, da sonst das Grundbuch nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit und Bestimmtheit erkennen läßt, daß und zu welchen Beträgen eine mit Veränderung der Rechtslage verbundene Teilung der Hypothek eingetreten ist (zu vergl. RJA. 3, 107).

Demnach war die weitere Beschwerde in ganzem Umfange zurückzuweisen.

Aufhebung der für einen nicht unter Vormundschaft stehenden Volljährigen wegen geistiger Gebrechen angeordneten Pflegschaft auf Antrag des Pflegebefohlenen; Unwirksamkeit des Antrags, wenn die Willenserklärung des Pflegebefohlenen wegen seiner Geschäftsunfähigkeit nichtig ist.

§ 104 Nr. 2, § 105, § 1910 Abs. 2, 3, § 1920 BGB.

Reichsgericht IV. Zivilsenat, 21. Februar 1907. — Bd. 8 S. 77.

Veröffentlicht RG. 65, 200.

Digitized by Google

Anordnungen des Vormundschaftsgerichts wegen Gefährdung des Vermögens eines unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes gegen den Gewalthaber; Unzulässigkeit der Bestellung eines Pflegers für die Besorgung einer unter die Vermögensverwaltung fallenden Angelegenheit.

§§ 1667, 1670 BGB.

Kammergericht Berlin, 1. November 1906. — Bd. 8, S. 81.

Der frühere Müllermeister, jetzt berufslose Ewald L., der bis vor kurzem in L. war und sich jetzt in P., Kreis J., aufhält, war mit Frau Anna L. geb. W. verheiratet, welche am 24. Juni 1897 verstarb. Durch Urteil des Landgerichts zu B. vom 30. Oktober 1897 ist L. wegen vorsätzlicher Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung dieser seiner Ehefrau und wegen Bedrohung zu einem Jahre Gefängnis verurteilt worden. Von dieser Frau hat er drei Kinder. Nach eingehend geführter Sachuntersuchung hat das Amtsgericht zu L. dem L. das Recht der Personensorge für seine Kinder und die Verwaltung des Vermögens der Kinder entzogen. Auf die von L. eingelegte Beschwerde hat das Landgericht zu L. den Beschluß insoweit aufgehoben, als dadurch dem Beschwerdeführer die Verwaltung des Vermögens seiner Kinder entzogen war, indem es an Stelle der letzteren Maßregel einschränkend anordnete, daß das Vormundschaftsgericht für die drei Kinder einen Spezialpfleger zur Empfangnahme und mündelsicheren Anlegung des großväterlichen Erbteils bestellen und daß L. über das gesamte Vermögen seiner Kinder dem Vormundschaftsgerichte Rechnung legen solle, und die weitergehende Beschwerde des L. zurückwies. Das Kammergericht hat der weiteren Beschwerde, soweit sie sich gegen die Bestellung des Spezialpflegers richtet, stattgegeben und die Sache insoweit zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen. In den Gründen wird ausgeführt:

Die vom Landgerichte getroffene fernere Anordnung, daß das Vormundschaftsgericht für die drei Kinder einen Spezialpfleger zur Empfangnahme und mündelsicheren Anlegung des großväterlichen Erbteils bestellen soll, gibt zu rechtlichen Bedenken Anlaß. Das Landgericht selbst hat unter Hinweis auf § 1670 BGB. zutreffend ausgeführt, daß eine vollständige Entziehung der Vermögensverwaltung gegen den Vater zwar wohl unter den dort bestimmten Voraussetzungen, nicht aber nach § 1667 BGB. ausgesprochen werden dürfe (Motive 4, 810; Denkschrift, Heymann 339; OLGRspr. 6, 289). Dagegen hält es auf Grund der letzteren Vorschrift die Bestellung eines Pflegers, wenn auch vielleicht nicht schlechthin zur Führung der ganzen Vermögensverwaltung, so doch zu dem besonderen Zwecke für zulässig, um den großväterlichen Erbteil der Kinder in Empfang zu nehmen und nach den Vorschriften über die Anlage von Mündelgeldern anzulegen. Die Zulässigkeit dieser Maßregel aus § 1667 leitet es daraus her, daß dort (wie der Zusatz „insbesondere" im Abs. 2 ergebe) nur einzelne Beispiele für die zu treffenden Anordnungen aufgeführt seien. Letzteres ist nach diesem Zusatz und dem sonstigen Inhalte des Abs. 2 ohne weiteres als richtig anzuerkennen. Damit ist jedoch noch nicht die fernere Frage entschieden, ob die vom Landgerichte getroffene Maßregel sich den im § 1667 Abs. 2 ausdrücklich gegebenen Beispielen ihrer ganzen Beschaffenheit nach als gleichartig anreiht oder ob sie

Digitized by Google

nicht vielmehr einen von ihnen verschiedenen rechtlichen Charakter hat und geradezu unter § 1670 fällt. Für die Beantwortung dieser Frage bedarf es eines Eingehens auf die Art der nach § 1667 einerseits und nach § 1670 andererseits zulässigen vormundschaftsgerichtlichen Maßregeln und ihres Vergleichs untereinander. Als Beispiele der nach § 1667 möglicherweise in Betracht kommenden Maßregeln (deren Auswahl im übrigen dem freien Ermessen des Gerichts überlassen ist) werden erwähnt: Die Einreichung eines Verzeichnisses des Vermögens des Kindes (§§ 1802, 1640), die Rechnungslegung über dessen Verwaltung (§§ 1840, 1841), die Auferlegung derjenigen Verpflichtungen, die einem Vormund in bezug auf Wertpapiere, Kostbarkeiten und Reichs- oder Staatsschuldbuchforderungen obliegen. Der Vater kann danach angehalten werden, Wertpapiere und Kostbarkeiten des Mündels gemäß §§ 1814, 1818 zu hinterlegen und bei Buchforderungen den Vermerk eintragen zu lassen, daß er nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts über sie verfügen darf (§ 1816). Insbesondere kann der Vater Inhaberpapiere, statt sie zu hinterlegen (nach § 1815) auf den Namen des Kindes umschreiben oder, soweit dies zulässig ist, in Buchforderungen umwandeln lassen. Haben solche Hinterlegungen, Umschreibungen oder Umwandlungen stattgefunden, so ist der Vater nach §§ 1819, 1820 auch in der obligatorischen und dinglichen Verfügung über die Papiere und Kostbarkeiten an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden.

Dagegen wird im § 1670 als einzige vom Vormundschaftsgerichte gegen den Vater zu verhängende Maßregel die Entziehung der Vermögensverwaltung erwähnt. Diese Maßregel kann in der Weise zur Ausführung gebracht werden, daß das Vormundschaftsgericht gegen den Vater unmittelbar die Entziehung der Verwaltung des Vermögens seiner Kinder ausspricht. Das hat zur Folge, daß den Kindern gemäß § 1909 Abs. 1 Satz 1 zum Zwecke dieser Verwaltung ein Pfleger zu bestellen ist (Motive 4, 811), welchem der Vater das Vermögen des Kindes herausgeben und Rechenschaft legen muß (§ 1681), worauf ein im Prozeßwege klagbarer Anspruch des Kindes besteht (OLGRspr., 3, 371). Genau den gleichen rechtlichen und praktischen Erfolg kann das Vormundschaftsgericht aber auch dadurch erzielen, daß es (ohne einen vorherigen oder gleichzeitigen Ausspruch der Entziehung der Vermögensverwaltung) dem Kinde für diese einen Pfleger bestellt; denn nach § 1628 geht der Vater dadurch des Rechtes, für das Vermögen des Kindes zu sorgen, verlustig, sobald die betreffende Verfügung des Gerichts dem Vater gegenüber gemäß § 16 FG. in Wirksamkeit getreten ist (KGJ. 30 A, 34). Auf diese Weise ist dann auch eine Entziehung der Vermögensverwaltung gegen den Vater zur Durchführung gebracht, wobei es als unerheblich anzusehen ist, ob sie ausdrücklich angeordnet oder unmittelbar durch jene andere Maßregel herbeigeführt worden ist.

Die Entziehung der Vermögensverwaltung aus § 1670 kann aber, ebenso wie die sie ersetzende Bestellung eines Pflegers, sowohl das ganze Vermögen eines Kindes betreffen als auch nur einen Teil davon, z. B. ein Landgut, die von einem bestimmten Erblasser herrührende Erbschaft (§ 1909 Abs. 1; Planck Anm. 3 zu § 1670). Die Einschränkung der Entziehung der Verwaltung oder der Bestellung des Pflegers auf einen Teil des Kindesvermögens gibt der getroffenen Maßregel nicht etwa einen anderen rechtlichen

Digitized by Google

Charakter, sondern nur einen geringeren sachlichen Umfang. Das gleiche gilt aber auch, wenn solche Anordnungen in der Weise getroffen werden, daß sie an eine auflösende Bedingung geknüpft werden oder eine zeitliche Beschränkung erleiden, so z. B., wenn der Pfleger nur bis zur Erledigung gewisser geschäftlicher Aufgaben auf dem Gebiete der Vermögensverwaltung bestellt wird. Es liegt in diesen Fällen gegenüber dem Hauptfalle des § 1670, der vollständigen Entziehung der Vermögensverwaltung, eine in sachlicher oder zeitlicher Beziehung eingeschränkte Maßnahme vor. Diese abgeschwächte Maßregel fällt aber trotzdem unter § 1670 und nicht unter § 1667. Das entscheidende Merkmal ist dabei (wie aus den oben angeführten Beispielen in zweifelsfreier Weise hervorgeht), daß nach § 1667 die Vermögensverwaltung des Vaters in ihrer Gesamtheit fortbesteht, mag sie auch durch die Anordnungen des Vormundschaftsgerichts in gewissen Beziehungen geleitet werden, wogegen sie auf Grund des § 1670 ausgeschaltet wird, so daß an ihre Stelle die Verwaltung eines Pflegers tritt, mag dies nun ganz oder teilweise (zeitlich oder sachlich beschränkt) geschehen. In den Fällen des § 1667 bleibt der Vater bei der Vermögensverwaltung immer noch alleiniges ausführendes Organ; er wird jedoch bei seiner Verwaltungstätigkeit gewissen, die Art seiner Tätigkeit beeinflussenden Direktiven, namentlich einer wirksameren Aufsicht des Vormundschaftsgerichts, unterworfen und seine Stellung dadurch derjenigen eines Vormundes angenähert. Ebenso wie aber der Vormund die Verwaltung des Vermögens grundsätzlich selbständig zu führen hat, obwohl er im einzelnen gewissen Beschränkungen unterworfen ist, so bleibt auch der Vater der Verwalter des ganzen Kindesvermögens, so lange lediglich Maßregeln aus § 1667 gegen ihn zur Anwendung gebracht werden. Diese Grenze wird jedoch zweifellos überschritten, sobald ihm irgendein Teil der Vermögensverwaltung als solcher entzogen wird, gleichviel ob dies ausdrücklich oder durch Bestellung eines Pflegers geschieht.

Nach diesen Rechtsgrundsätzen fällt aber die hier fragliche Anordnung des Landgerichts (in gleicher Weise wie die von ihm aufgehobene Verfügung des Amtsgerichts) nicht unter die nach § 1667 zugelassenen Maßregeln, sondern sie stellt sich als eine solche aus § 1670 dar. Wenn für die Empfangnahme und Anlegung des großväterlichen Erbteils der Kinder ein Pfleger mit Rechtswirksamkeit bestellt wurde, so ist damit ohne weiteres ein wesentlicher Teil der väterlichen Verwaltung des Kindesvermögens ausgeschaltet. Bei der Empfangnahme des Erbteils handelt es sich nicht etwa bloß um dessen tatsächliche Annahme, sondern zugleich um die Leistung der Quittung über ihn (§ 368 BGB.), welche die rechtliche Anerkennung der Richtigkeit der darauf gewährten Vermögenswerte in sich schließt. Bei der Anlegung der letzteren fällt nicht so deren mechanische Ausführung ins Gewicht als vielmehr die Bestimmung darüber, in welcher Weise sie im einzelnen zu geschehen hat. Die Erledigung dieser geschäftlichen Aufgaben kann aber je nach der besonderen Lage der Sache auch die Notwendigkeit weiterer wichtiger Verwaltungshandlungen mit sich bringen, vielleicht sogar die Anstellung von Prozessen erforderlich machen. Gerade in einem Falle wie dem vorliegenden ist es keineswegs ausgeschlossen, daß es aus diesem Anlasse zu Meinungsverschiedenheiten und Kompetenzstreitigkeiten zwischen dem Pfleger und dem Vater selbst kommt, so daß der erstere zum Vorgehen gegen den letzteren gezwungen ist. Diese

Digitized by Google

Möglichkeit beweist aufs klarste, daß durch eine derartige Anordnung der Vater zum Teil aus seiner Stellung als Verwalter des Kindesvermögens verdrängt werden würde. Sie überschreitet demnach den Rahmen der nach § 1667 zulässigen vormundschaftsgerichtlichen Maßregeln. Auch der vom Landgerichte zur Wahrung der vermögensrechtlichen Interessen der Geschwister L. eingeschlagene Weg ist somit nach der jetzigen Lage der Sache ungangbar. Danach war der weiteren Beschwerde L's. dahin stattzugeben, daß die in der Beschwerdeinstanz getroffene Anordnung der Bestellung eines Pflegers aufgehoben wird.

Nachdem jedoch das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1667 BGB. bereits festgestellt ist, bedarf es gleichzeitig der Zurückverweisung der Sache an das Amtsgericht, damit es auf Grund dieser Vorschrift anderweitige zulässige Maßregeln zum Schutze des Vermögens der Kinder trifft (zu vergl. OLGRspr. 6, 289). Da das Landgericht geradezu die Ueberzeugung erlangt hat, daß es dem L. darauf ankommt, den großelterlichen Erbteil seiner Kinder in die Hände zu bekommen, und daß, wenn ihm das gelingt, dieses Vermögen für die Kinder unwiederbringlich verloren sein wird, so erscheint es natürlich als die Aufgabe des Vormundschaftsgerichts, einen solchen Erfolg tunlichst zu verhüten. Zu diesem Zwecke wird auf der Rechtsgrundlage des § 1667 mit der größten Energie und mit möglichst wirksamen Maßregeln gegen den Vater vorzugehen sein. Für die Lösung dieser Aufgabe kommt es darauf an, zunächst klarzustellen, welche Befugnisse dem Vormundschaftsgericht auf Grund dieser Vorschrift außer den im Abs. 2 ausdrücklich aufgeführten (welche die beiden Vorinstanzen augenscheinlich für unzulänglich erachten) sonst noch zustehen. Namentlich ist es wünschenswert, einen allgemeinen Anhalt dafür zu gewinnen, durch welche Merkmale der Kreis der nach § 1667 zulässigen Maßregeln bestimmt wird; denn erst dann wird das Vormundschaftsgericht in der Lage sein, zu überschauen, welche Machtmittel ihm überhaupt zur Verfügung stehen, und unter ihnen eine sachgemäße Auswahl zu treffen.

Nach den obigen Erörterungen ist in negativer Beziehung daran festzuhalten, daß jede Maßregel, durch welche dem Vater irgendein Teil seiner Vermögensverwaltung genommen und deren Umfang (sachlich oder zeitlich) ein geringerer wird, schlechterdings unzulässig ist. Diese Regel wird aber nicht nur nach dem Buchstaben, sondern auch nach dem Geiste des Gesetzes zu befolgen sein. Das Vormundschaftsgericht wird also immer im Auge behalten müssen, daß durch die von ihm aus § 1667 zu treffenden Maßregeln die verwaltende Tätigkeit des Vaters grundsätzlich niemals vollständig lahmgelegt werden darf. Dagegen ist in positiver Beziehung im Hinblick auf die im § 1667 Abs. 2 besonders aufgeführten Beispiele einerseits darauf hinzuweisen, daß eine inhaltliche Abschwächung des Verwaltungsrechts des Vaters, d. h. eine Minderung derjenigen Einzelbefugnisse, welche ihm bei der Verwaltung des Kindesvermögens an sich nach dem Gesetze zustehen, gestattet ist, sowie andererseits, daß es sich dort ausnahmslos um solche Einschränkungen handelt, welche dem Vormunde bei der Verwaltung des Mündelvermögens entweder von Gesetzes wegen obliegen (§§ 1802, 1814—1816, 1840, 1841) oder ihm vom Vormundschaftsgericht aus besonderen Gründen auferlegt werden können (§ 1818). Jedes Einschreiten des Vormundschaftsgerichts gegen den Vater auf Grund des § 1667 hat somit zur Folge, daß seine Stellung auf

Digitized by Google

dem Gebiete der Vermögensverwaltung derjenigen eines Vormundes ähnlicher wird. Er wird durch die gegen ihn getroffenen oben erwähnten Anordnungen in gewissen Beziehungen in der gleichen Weise wie ein Vormund in der Vermögensverwaltung beschränkt, insbesondere dabei einer schärferen Beaufsichtigung und Leitung des Vormundschaftsgerichts unterworfen. Wie der Vormund hat er dem Gerichte gegenüber zur Erleichterung seiner Aufsicht gewisse Pflichten (Inventar- und Rechnungslegung) zu erfüllen, sich an bestimmte von diesem erteilte Weisungen zu halten (§ 1818) und sich der Verfügung über gewisse Vermögensobjekte ohne dessen Genehmigung zu enthalten (§§ 1819, 1820). Es kann ihm also vom Vormundschaftsgericht eine Reihe solcher Verpflichtungen auferlegt werden, welche der Vermögensverwaltung des Vormundes eigentümlich, derjenigen des Vaters dagegen (abgesehen von der Inventarlegung im Falle des § 1640) an sich fremd sind. Damit ist aber auch die Richtung gewiesen, in welcher sich die vom Vormundschaftsgericht auf Grund des § 1667 zu treffenden, dort nicht besonders namhaft gemachten Maßregeln im allgemeinen zu bewegen haben. Es wird danach für diese hauptsächlich die Auferlegung solcher Verpflichtungen an den Vater für die Verwaltung des Vermögens seiner Kinder in Betracht kommen, wie sie dem Vormunde bei der Verwaltung des Mündelvermögens unmittelbar nach dem Gesetz obliegen oder vom Vormundschaftsgericht auferlegt werden können. Dementsprechend hat sich die Praxis auch bereits auf den Standpunkt gestellt, daß dem Vater auf Grund des § 1667 aufgegeben werden kann, das den Kindern gehörige Geld bei einer Sparkasse zinsbar anzulegen und bei der Anlegung in das Sparkassenbuch den Vermerk eintragen zu lassen, daß die Erhebung des Geldes nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erfolgen darf (Planck Anm. 2d zu § 1667 und Anm. 3 zu § 1809; Vierhaus in DJZ. 1905 S. 539). Bei der großen Verschiedenartigkeit der hier einschlägigen Verpflichtungen und Beschränkungen des Vormundes in seiner Verwaltung würde eine grundsätzliche und umfassende Entscheidung der Fragen, ob diese sämtlich zur Uebertragung auf die väterliche Vermögensverwaltung geeignet und in welcher Weise sie etwa dabei umzugestalten und anzupassen sind, hier viel zu weit führen. Es soll deshalb nur kurz darauf hingewiesen werden, wie vielleicht das weitere Vorgehen des Vormundschaftsgerichts auf Grund des § 1667 gestaltet werden könne. . . .

Entziehung der dem Vater zustehenden Vermögensverwaltung wegen Verletzung des Rechtes des Kindes auf Gewährung des Unterhalts. Zulässigkeit einer solchen Maßregel, auch wenn dem Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes durch Anordnungen des Vormundschaftsgerichts nicht entzogen ist. Begriff der Verletzung des Rechtes auf Gewährung des Unterhalts.

§ 1666 BGB.

Kammergericht Berlin, 8. November 1906. — Bd. 8 S. 86.

Der Kaufmann N. zu G. ist seit dem Jahre 1884 mit Frau Gertrud N. geb. K. verheiratet. Aus ihrer Ehe sind vier Kinder vorhanden, die in den Jahren 1886, 1888, 1890 und 1894 geboren sind. Frau N. hat gegen ihren Ehemann beim Landgerichte zu G. im Februar 1906 die Klage auf

Digitized by Google

Ehescheidung erhoben und eine einstweilige Verfügung erwirkt, durch welche ihr für die Dauer des Ehescheidungsprozesses das Getrenntleben von ihrem Ehemanne gestattet und für dieselbe Zeit die Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder übertragen wurde. Auf Antrag der Frau N. hat ferner das Amtsgericht in G. dem Ehemanne N. gemäß § 1666 Abs. 2 BGB. die Verwaltung und Nutznießung des Vermögens seiner vier minderjährigen Kinder entzogen, weil er sich erwerbs- und mittellos in G. aufhalte, für den Unterhalt der Kinder in keiner Weise sorge und keine Anstalten zur Beschaffung einer Einnahme bringenden Lebensstellung mache, sonach das Recht der Kinder auf Gewährung des Unterhalts verletze und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung ihres Unterhalts durch ihn zu besorgen sei. N. hat gegen diesen Beschluß Beschwerde eingelegt, in welcher er unter anderem anführte: Nachdem seiner Ehefrau durch einstweilige Verfügung die Sorge für die Person der Kinder übertragen worden sei, sei seine Pflicht, für den Unterhalt der Kinder zu sorgen, weggefallen. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen und dabei ausgeführt: N. sei, wie gerichtskundig, ein in seinen Vermögensverhältnissen völlig heruntergekommener Mensch. Er führe seine Prozesse durchweg im Armenrechte. Er besitze kein Vermögen und verdiene auch nicht so viel, um sich und seine Kinder zu erhalten. Unter diesen Umständen sei den Angaben seiner Ehefrau Glauben zu schenken, daß er seit Jahr und Tag müßig gehe, in keiner Weise für die Familie gesorgt und aus den Zinsen des väterlichen Erbteils der Ehefrau den Unterhalt der ganzen Familie bestritten habe. Da er aber, wenn er ernstlich bemüht gewesen wäre, wohl imstande gewesen sein würde, den Unterhalt für seine Familie zu beschaffen, so müsse für festgestellt erachtet werden, daß er das Recht der Kinder auf Gewährung des Unterhalts verletzt habe. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht die Vorentscheidungen aufgehoben und den Antrag der Ehefrau zurückgewiesen. In den Gründen wird ausgeführt:

Der § 1666 Abs. 2 BGB. bestimmt: „Hat der Vater das Recht des Kindes auf Gewährung des Unterhalts verletzt und ist für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen, so kann dem Vater auch die Vermögensverwaltung sowie die Nutznießung entzogen werden." Nicht zu billigen ist die von Planck (Anm. 2c zu § 1666) vertretene Auffassung, daß dieser Abs. 2 des § 1666 keine selbständige Vorschrift enthalte, sondern nur eine Ergänzung des Abs. 1 bilde, so daß für seine Anwendbarkeit stets erforderlich sei, daß auch die im Abs. 1 bestimmten allgemeinen Voraussetzungen für das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts vorlägen. Bei dieser Bestimmung des Verhältnisses zwischen Abs. 1 und Abs. 2 des § 1666 ist augenscheinlich das „auch" in Abs. 2 viel zu stark betont. Durch dieses Bindewort soll nur gesagt sein, daß die Entziehung der Vermögensverwaltung und des Nießbrauchs auch neben den Maßregeln des Abs. 1 zulässig sei, nicht aber, daß sie nur neben diesen gestattet sei (v. Blume Anm. IV zu § 1666). Die gegenteilige Auffassung würde in vielen Fällen die Entziehung der Vermögensverwaltung unmöglich machen, obwohl die besonderen Voraussetzungen des Abs. 2 vorliegen und ein entsprechendes Einschreiten im dringenden Interesse der Kinder liegt; so namentlich in den Fällen des § 627 ZPO. und des § 1635 BGB., wenn dem Vater zufolge der Uebertragung des Personensorgerechts auf die Mutter dieses Recht nicht zusteht, er es also auch nicht

Digitized by Google

verletzen und die Voraussetzungen des § 1666 Abs. 1 nicht erfüllen kann. Es würde ihm danach in solchen Fällen freigestellt sein, das den Kindern gegen ihn zustehende Recht auf Gewährung des Unterhalts in der gröblichsten Weise zu verletzen, ohne daß ihm deshalb die Verwaltung und Nutznießung des Kindervermögens entzogen werden könnte. Demnach wird man Abs. 2 unabhängig von den Voraussetzungen des Abs. 1 anzuwenden haben und lediglich das Vorliegen der besonderen Voraussetzungen des Abs. 2 für seine Anwendbarkeit beanspruchen können.

Diese liegen jedoch nach dem gegebenen Sachverhalte hier nicht vor. Es gehört dazu, daß der Vater dieses Recht des Kindes auf Gewährung des Unterhalts verletzt hat, sowie daß für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist. Das Recht des Kindes bestimmt sich nach §§ 1601 ff. BGB. und ist somit völlig unabhängig davon, ob dem Vater das Personensorgerecht zusteht. Die Ausführung des Beschwerdeführers, daß mit der Uebertragung des Personensorgerechts auf seine Ehefrau durch die einstweilige Verfügung seine Verpflichtung, für den Unterhalt der Kinder zu sorgen, weggefallen sei, ist also vollständig verfehlt. Anderseits geht aber aus § 1602 Abs. 1 hervor, daß seine Kinder gegen ihn einen Anspruch auf Gewährung des Unterhalts nur insoweit haben, als sie außerstande sind, sich selbst zu ernähren. Die Frage, ob dieser Fall hier vorliegt, muß aber nach Lage der Sache bei den drei älteren Geschwistern N. zum mindesten zweifelhaft erscheinen. Aber abgesehen davon, daß die Vorinstanzen in dieser Beziehung die gebotene Prüfung unterlassen haben, ist nach den eigenen Feststellungen des Landgerichts anzunehmen, daß eine Verletzung des Unterhaltsrechts der Kinder überhaupt nicht stattgefunden hat. Das Landgericht stellt ausdrücklich fest, daß der Ehemann N. seine Familie aus den Zinsen des väterlichen Erbteils seiner Ehefrau unterhalten hat; gleichwohl leitet es aus dem Umstande, daß er imstande gewesen wäre, den Unterhalt seiner Familie selbst zu verdienen, dies jedoch zufolge seines jahrelangen Müßigganges unterlassen habe, eine Verletzung des Unterhaltsrechts der Kinder her. Bei dieser Schlußfolgerung ist augenscheinlich der Begriff der Verletzung dieses Rechtes rechtsirrtümlich aufgefaßt. Eine solche besteht nach der klaren Fassung des Gesetzes darin, daß der unterhaltspflichtige Vater seinem unterhaltsberechtigten Kinde den erforderlichen Unterhalt ganz oder auch nur teilweise nicht gewährt. Aeußerlich wird sich die Nichtgewährung des dem Kinde zustehenden Unterhalts regelmäßig dadurch zeigen, daß die Kinder infolgedessen entweder an ihrem Leibe Not leiden oder vor dieser nur dadurch bewahrt werden, daß ihnen der nötige Unterhalt von einer anderen Seite gewährt wird, welche dazu entweder überhaupt nicht verpflichtet oder erst nach dem Vater verpflichtet ist. Im vorliegenden Falle hat aber der Vater den Unterhalt der Kinder aus den Zinsen des Vermögens seiner Ehefrau, welche ihm zu diesem Zwecke zur Verfügung standen (§ 1383 BGB.), bestritten. Die Annahme, daß eine Gewährung des Unterhalts nicht erfolgt sei, entbehrt also der tatsächlichen Unterlage. Der Müßiggang des Vaters mag im höchsten Grade tadelnswert sein und eine Verletzung seiner allgemeinen sittlichen Pflichten gegen seine Kinder enthalten; eine Verletzung ihres besonderen Rechtes auf Gewährung des Unterhalts ist jedoch darin nicht zu finden, so lange dieser ihnen tatsächlich anderweit von ihm gewährt wird. In dieser Beziehung würde sein Müßiggang vielmehr

Digitized by Google

erst dann von Erheblichkeit werden, wenn es infolge davon an den nötigen Mitteln für den Unterhalt der Kinder fehlen würde. Hiernach ist die Anwendbarkeit des § 1666 Abs. 2 gegen den Vater zu verneinen.

Regelung des persönlichen Verkehrs eines geschiedenen Ehegatten, dem die Sorge für die Person seines Kindes nicht zusteht, mit dem Kinde. Unzuständigkeit des Vormundschaftsgerichts, bei der Regelung des Verkehrs darüber zu entscheiden, welcher der geschiedenen Ehegatten die durch den Verkehr entstehenden Kosten zu tragen hat.

§§ 1635, 1636 BGB.

Kammergericht Berlin, 15. November 1906. — Bd. 8 S. 89.

Durch Urteil des Landgerichts zu K. ist die Ehe des Kaufmanns S. mit Helene geborenen W. auf die Klage des Ehemanns und die Widerklage der Ehefrau geschieden worden. Das Urteil ist rechtskräftig. Aus der Ehe sind eine im Jahre 1889 geborene Tochter und ein im Jahre 1893 geborener Sohn vorhanden. Beide befinden sich beim Vater, der wieder verheiratet ist und sich seit 1905 mit seiner zweiten Frau und beiden Kindern in N. aufhält, wo er seinen Wohnsitz genommen hat. Das Vormundschaftsgericht in K. hat die Sorge für die Person der Kinder dem Vater zugesprochen, indessen der Mutter das Recht gewährt, einen Monat lang im Jahre mit beiden Kindern zu verkehren, und diesen Verkehr näher geregelt. Das Landgericht hat auf Beschwerde die Verfügung des Vormundschaftsgerichts dahin abgeändert, daß es das Recht der Sorge dem Vater zwar belassen, im übrigen aber angeordnet hat: Es dürfe die Mutter allmonatlich einmal mit den Kindern brieflich verkehren und sie jedes Jahr zwei Wochen zu einem von dem Vater zu bestimmenden Zeitpunkt in ihrem Hausstand aufnehmen. Die Kosten der Reise und des Unterhalts der Kinder während des Aufenthalts bei ihrer Mutter habe bis zum Jahre 1910 einschließlich die Mutter, für die spätere Zeit der Vater, die Unterhaltskosten während der Besuchszeit indessen die Mutter zu tragen. Die von beiden Teilen eingelegten weiteren Beschwerden hat das Kammergericht mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die in dem angefochtenen Beschlusse getroffene Entscheidung über die Kosten der Reise der Kinder und ihres Unterhalts während ihres Aufenthalts bei ihrer Mutter in Wegfall kommt. In den Gründen wird ausgeführt:

Nicht begründet ist der angefochtene Beschluß insoweit, als er Entscheidung darüber trifft, welcher der Elternteile die Kosten der Reise und des Aufenthalts der Kinder bei der Mutter zu tragen habe. Soweit darin die Anordnung enthalten ist, daß der Vater die Kinder sei es nach F. oder nach S. zuzuführen oder zuführen zu lassen habe, hält sich die Entscheidung innerhalb der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts, indessen kann die Frage, ob der eine oder der andere Elternteil die Verpflichtung habe, Kosten dafür aufzuwenden, durch den Vormundschaftsrichter nicht entschieden werden, weil dies nicht mehr zur Regelung des persönlichen Verkehrs gehört. Es kann auch nicht anerkannt werden, daß das Vormundschaftsgericht dem Vater die Verpflichtung auferlegen darf, aus seinem Vermögen Aufwendungen zu machen, um der Mutter den Verkehr mit ihren Kindern zu ermöglichen oder zu erleichtern. Vielmehr muß es dem Elternteile, welcher von dem anderen die

Digitized by Google

Erstattung von Kosten verlangt, die er für die Herbeiführung des vom Vormundschaftsgerichte geregelten Verkehrs aufgewendet hat, überlassen bleiben, den ordentlichen Prozeßweg zu beschreiten. Das Vormundschaftsgericht hat nach § 1636 nur die äußeren Umstände zu bestimmen, in denen sich der Verkehr bewegen soll.

Maßregeln des Vormundschaftsgerichts wegen Gefährdung des Vermögens eines unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes gegen den Gewalthaber. Zulässigkeit der Auferlegung einer Sicherheitsleistung, auch wenn der Gewalthaber die rechtlich ihm zustehende Verwaltung des Vermögens tatsächlich noch nicht übernommen hat; Unzulässigkeit der sofortigen Entziehung der Vermögensverwaltung, obwohl die vorgängige Auferlegung einer Sicherheitsleistung nach den Vermögensverhältnissen des Gewalthabers voraussichtlich erfolglos sein wird.

§§ 1667, 1668, 1670 BGB.

Kammergericht Berlin, 22. November 1906. — Bd. 8 S. 90.

Der Reisende Gustav T. zu Sch. hat die Erbschaft nach seinem im Jahre 1905 zu St. verstorbenen Vater aus dessen Testamente vom 19. März 1901 ausgeschlagen, so daß seine im Jahre 1903 geborene Tochter Charlotte T. an seiner Stelle Erbin geworden ist und einen Erbteil im Werte von über 30 000 M. erhalten hat. Tatsächlich befindet sich der Erbteil noch im Besitze des Testamentsvollstreckers L. zu B.; Gustav T. hat ihn aber von dem Testamentsvollstrecker unter Androhung der Klage herausverlangt. Gustav T. befindet sich in Vermögensverfall; mehrere seiner Gläubiger hatten wegen zum Teil recht erheblicher Forderungen seinen Erbanspruch aus dem Testamente seines Vaters pfänden und sich überweisen lassen. Das Vormundschaftsgericht hat zufolge eines Antrags des L. aus dieser Sachlage Veranlassung genommen, dem Gustav T. die Verwaltung dieses seiner Tochter zugefallenen Vermögens zu entziehen und dafür einen Pfleger zu bestellen. Gustav T. hat dagegen Beschwerde eingelegt. Er erachtet die getroffene Maßregel nach §§ 1667, 1668, 1670 BGB. für unzulässig, da eine Entziehung der Vermögensverwaltung nach § 1670 erst stattfinden könne, nachdem vergeblich Maßregeln aus §§ 1667, 1668 versucht seien. Außerdem könne aber eine solche erst dann stattfinden, wenn er die Verwaltung des Vermögens bereits habe; das Vormundschaftsgericht habe ihn jedoch durch Bestellung eines Pflegers dazu noch gar nicht gelangen lassen. Endlich sei aber eine Gefährdung des Vermögens seiner Tochter durch ihn nicht zu besorgen, nachdem er es ihr erst durch seine Erbausschlagung geschenkt habe.

Das Landgericht hat die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Es nimmt an, daß durch den Vermögensverfall, in welchem sich Gustav T. befindet, jenes Kindesvermögen gefährdet wird. Gustav T. verlange dessen Herausgabe vom Testamentsvollstrecker. Gelange er aber in seinen Besitz, so sei wegen des Andranges seiner Gläubiger und nach seiner bisherigen Vermögensführung zu befürchten, daß es Schaden leiden werde. Zu einem entsprechenden Schutze reichten jedoch die im § 1667 Abs. 2 angegebenen Maßregeln nicht aus, ebensowenig aber die Auferlegung einer Sicherheitsleistung, da der Beschwerdeführer offenbar außerstande sei, in einer dem Vermögen der

Digitized by Google

Tochter entsprechenden Höhe Sicherheit zu leisten. Danach sei die Entziehung der Vermögensverwaltung die einzige ausreichende und auch erforderliche Maßregel.

Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht die Sache unter Aufhebung der Vorentscheidungen zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Amtsgericht zurückverwiesen:

Nach den vom Landgerichte getroffenen tatsächlichen Feststellungen, welche für das Gericht der weiteren Beschwerde bindend sind, kann es zunächst keinem ernstlichen Bedenken unterliegen, daß die Voraussetzungen des § 1667 BGB. vorliegen; insbesondere kann dies nicht etwa um deswillen angezweifelt werden, weil der Beschwerdeführer nicht erst jetzt in Vermögensverfall geraten ist, sondern sich bereits seit einiger Zeit darin befindet; denn das Gesetz wollte offenbar im § 1667 Abs. 1 auch diesen Fall treffen, vorausgesetzt, daß dadurch das Vermögen des Kindes gefährdet wird, was in rechtlich bedenkenfreier Weise festgestellt ist. Hierdurch wird jedoch die vom Amtsgerichte getroffene Maßregel der Entziehung der Vermögensverwaltung nicht gerechtfertigt; denn sie kann nicht auf Grund des § 1667 ausgesprochen werden, sondern nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 1670 vorliegen, also namentlich für den Fall, daß der Vater den nach §§ 1667, 1668 getroffenen Maßregeln nicht nachkommt; das ist selbstverständlich ganz etwas anderes, als wenn diese nicht ausreichend erscheinen. Das ist der Standpunkt der Motive (4, 810) und der Denkschrift (Heymann 339), dem sich auch die Praxis allgemein angeschlossen hat (OLGRspr. 6, 289; Planck Anm. 3, v. Blume Anm. 1 zu § 1667). Staudinger scheint zwar nach Anm. III Nr. 5 zu § 1667 auf einem anderen Standpunkte zu stehen, seine Anm. 2a zu § 1670 läßt jedoch erkennen, daß er sich vorher nur ungenau ausgedrückt hat und die allgemeine Auffassung teilt. Jedenfalls ist hiernach der weiteren Beschwerde dahin stattzugeben, daß die beiden Vorentscheidungen aufgehoben werden. Das Amtsgericht wird sonach den bereits bestellten Pfleger wieder aus seinem Amte zu entlassen haben.

Nachdem jedoch das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1667 BGB. festgestellt ist, bedarf es gleichzeitig der Zurückweisung der Sache an das Amtsgericht, damit es entweder auf Grund dieser Vorschrift gegen den Vater einschreitet oder, soweit es die danach zulässigen Maßregeln nicht für ausreichend erachtet, auch aus § 1668 gegen ihn vorgeht. Zur Anwendung des letzteren ist es nicht erforderlich, daß vorher schon Maßnahmen aus § 1667 vergeblich versucht sind. Ferner ist die Auferlegung einer Sicherheit gemäß § 1668 auch nicht etwa davon abhängig, daß der Vater dasjenige Vermögen, um dessen Schutz es sich handelt, bereits tatsächlich in seine Verwahrung oder Verwaltung übernommen hat; vielmehr genügt es, wenn es rechtlich seiner Verwaltung unterliegt. Im Gegenteile muß es je nach der besonderen Lage der Sache auch als zulässig angesehen werden, daß das Vormundschaftsgericht dem Vater die Sicherheitsleistung mit der Maßgabe auferlegt, daß die Uebernahme des Kindesvermögens in seine eigene Verwahrung davon abhängig gemacht wird, daß er zuvor die ihm auferlegte Sicherheit geleistet und deren Leistung dem Vormundschaftsgerichte nachgewiesen hat. Endlich ist aber auch der Auffassung entgegen zu treten, daß eine Sicherheitsleistung nach § 1668 dem

Digitized by Google

Vater nur dann auferlegt werden könne, wenn er nach seinen Vermögensverhältnissen voraussichtlich imstande sein wird, eine solche aus seinem eigenen Vermögen zu leisten. Diese Ansicht findet nirgends im Gesetz eine Stütze und verträgt sich auch nicht mit dem Zwecke der Maßregel, welcher dahin geht, das Vermögen des Kindes dem Vater beim Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 1667, 1668 nur dann anzuvertrauen, wenn er es sicherstellt. Kann oder will er das nicht, so hat nicht etwa die Auferlegung der Sicherheitsleistung zu unterbleiben; sie geschieht vielmehr doch und ihre Nichtbefolgung hat zur Folge, daß nunmehr auf Grund des § 1670 die Entziehung der Vermögensverwaltung ohne weiteres stattfinden kann. Demgemäß wird weiter zu verfahren sein. Gleichzeitig wird es sich aber empfehlen, daß sich das Vormundschaftsgericht mit dem Testamentsvollstrecker L. in Verbindung setzt, damit dieser es bei der Durchführung seiner Maßnahmen unterstützt. Vielleicht ist übrigens der Beschwerdeführer (was bei seiner Vernehmung gemäß § 1673 festgestellt werden könnte) nunmehr damit einverstanden, daß das Vermögen seines Kindes von dem Testamentsvollstrecker unmittelbar auf dessen Namen mündelsicher mit der Bestimmung angelegt wird, daß es nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abgehoben werden kann (§§ 1809, 1814—1816, 1819, 1820). Sollte eine derartige vom Vormundschaftsgericht aus § 1667 angeordnete oder gebilligte Maßregel im allseitigen Einverständnisse durchgeführt werden, so dürften sich damit wohl weitere einschneidendere Maßnahmen aus § 1667 oder § 1670 gegen den Vater erledigen, was doch auch in dessen Interesse liegen würde.

Verpflichtung der Mutter, dem Vormundschaftsgericht ein Verzeichnis über die ihr als Vorerbin angefallene Erbschaft des Vaters einzureichen, wenn das unter ihrer elterlichen Gewalt stehende Kind als Nacherbe auf dasjenige eingesetzt ist, was von der Erbschaft bei dem Eintritte der Nacherbfolge übrig sein wird.

§§ 1640, 1687, 2136, 2137 BGB.

Reichsgericht IV. Zivilsenat, 31. Januar 1907. — Bd. 8 S. 93.

Veröffentlicht RG. 65, 143.

Unzulässigkeit der Bestellung eines Nachlaßpflegers für den unbekannten Erben, wenn nur darüber Ungewißheit besteht, wer von mehreren Personen, welche die Erbschaft angenommen haben, der Erbe ist.

§ 1960 BGB.

Kammergericht Berlin, 8. November 1906. — Bd. 8 S. 95.

Der im Jahre 1906 gestorbene St. aus B. hat in seinen letztwilligen Verfügungen vom 31. Januar/2. Mai 1888 seinen Sohn Franz St. enterbt und die Frau R. zur Erbin eingesetzt. Franz St. hat die Testamente durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht angefochten, auch gegen Frau R. auf die Feststellung Klage erhoben, daß er Alleinerbe sei. Der Prozeß ist noch nicht rechtskräftig entschieden. Das Nachlaßgericht hat einen Nachlaßpfleger für diejenigen bestellt, welche Erben werden. Auf Beschwerde der Frau R. hat das Landgericht diese Nachlaßpflegschaft aufgehoben. In den

Digitized by Google

Gründen ist ausgeführt: Die Testamente seien formell gültig. Danach sei bekannt, daß Frau R. Erbin sei. Die Anfechtung ändere hieran nichts, da die Testamentserbin dadurch nicht aufhöre, Erbin zu sein, und da nur das Prozeßgericht über die Unwirksamkeit der Testamente zu entscheiden habe. Selbst wenn die Anfechtung begründet wäre, würde Franz St. nur pflichtteilsberechtigt sein und Frau R. Erbin bleiben. Sie habe die Erbschaft auch angenommen. Schließlich liege auch kein Bedürfnis der Sicherung des Nachlasses vor, da der Anfechtungskläger sich durch prozessuale Rechtsbehelfe sichern könne, auch schon eine einstweilige Verfügung des Prozeßgerichts erwirkt habe. Franz St. hat weitere Beschwerde mit dem Antrag eingelegt, die Fortdauer der Nachlaßpflegschaft anzuordnen, und ausgeführt: seine Anfechtung sei gerechtfertigt und werde, wenn sie Erfolg habe, das Testament seinem ganzen Inhalte nach in Wegfall bringen. Infolge dieser Möglichkeit sei der Erbe als unbekannt anzusehen. Die Nachlaßpflegschaft sei erforderlich, um ihn gegen die Gefahr zu sichern, daß die im Testamente zur Erbin eingesetzte Frau R. den Nachlaß beiseite schaffe.

Das Kammergericht hat die weitere Beschwerde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Der § 1960 BGB. bestimmt, daß das Nachlaßgericht bis zur Annahme der Erbschaft für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen hat, soweit ein Bedürfnis besteht, und das gleiche gilt, wenn der Erbe unbekannt oder wenn ungewiß ist, ob er die Erbschaft angenommen hat. Die Sicherung des Nachlasses durch das Nachlaßgericht erfordert hiernach außer dem Bestehen eines Bedürfnisses, entweder daß die Erbschaft noch nicht angenommen ist oder daß der Erbe unbekannt ist oder daß ungewiß ist, ob er die Erbschaft angenommen hat. Von den drei letzteren alternativen Voraussetzungen liegt hier die erste und dritte unstreitig nicht vor. Denn es steht fest, daß außer der im Testament eingesetzten Erbin und dem Sohne des Erblassers eine dritte Person als etwaiger Erbe nicht in Frage kommen kann und daß die Testamentserbin spätestens in ihrem Antrag auf Erteilung eines Erbscheins über ihr Erbrecht, der Sohn spätestens durch Erhebung der Klage gegen sie auf Feststellung seines Alleinerbrechts die Erbschaft angenommen haben (§ 1943 BGB.). Zur Entscheidung steht nur, ob der Erbe im Sinne des § 1960 BGB. unbekannt ist und ob ein Bedürfnis zur Sicherung des Nachlasses durch das Nachlaßgericht besteht. Die Gesetzesworte „wenn der Erbe unbekannt ist" können in der von der weiteren Beschwerde geltend gemachten Richtung Anlaß zu Zweifeln geben. Sie können bedeuten, daß der Erbe unbekannt sei, wenn die Person dessen, der Erbe ist, als Person unbekannt ist, so daß er die Erbschaft nicht annehmen kann. Sie können auch den weitergehenden Sinn haben, daß der Erbe unbekannt sei, wenn unbekannt ist, wer von mehreren bekannten Personen, welche die Erbschaft angenommen haben, Erbe ist. Die in den Motiven zu dem entsprechenden § 2058 Entw. I (5, 541) gegebene Erläuterung „ein Erbe sei unbekannt, wenn unbekannt sei, wer als Erbe berufen ist", kann, wenn ihr auch beizutreten ist (zu vergl. KGJ. 29 A, 208), zur Hebung des Zweifels nicht führen. Denn auch hier erhebt sich die Frage, ob unbekannt ist, wer als Erbe berufen ist, wenn alle möglicherweise Berufenen die Erbschaft angenommen haben, wenn aber unbekannt ist, wer von ihnen berufen ist. In der Judikatur und Literatur scheint diese Frage bisher nicht erörtert zu sein.

Digitized by Google

Das Landgericht nimmt an, daß der Erbe unter den obwaltenden Umständen nicht unbekannt sei. Die Begründung, welche es dafür gibt, ist aber nicht frei von Rechtsirrtümern. Es führt aus, daß der in einem formell gültigen Testament eingesetzte Erbe durch die Anfechtung nicht aufhöre, Erbe zu sein, und daß nicht das Nachlaßgericht, sondern das Prozeßgericht über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Testaments zu entscheiden habe. Die erstere Erwägung verstößt gegen die §§ 2081, 142 BGB., nach denen die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung, durch die ein Erbe eingesetzt und ein gesetzlicher Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen ist, durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht erfolgt und ein angefochtenes, anfechtbares Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Die zweite Erwägung verkennt die Stellung des Nachlaßgerichts, welches nach § 1960 BGB. zu entscheiden hat, ob der Nachlaß zu sichern sei, und welches deshalb auch — mindestens solange, als keine rechtskräftige Entscheidung des Prozeßgerichts vorliegt — über alle für die Anwendung des § 1960 in Betracht kommenden Vorfragen selbständig zu entscheiden hat, soweit diese Anwendung davon abhängt. Eventuell begründet das Landgericht seine Annahme, daß der Erbe bekannt sei, mit materiellen Erwägungen über die Wirkung der vorliegenden Anfechtung. Es erübrigt sich aber, auf diese Frage einzugehen. Denn jene Annahme läßt sich schon aus § 1960 BGB. ableiten.

Zunächst spricht schon der Wortlaut des § 1960, wenn er auch, wie gesagt, für Zweifel Raum läßt, mehr dafür, den Erben nicht als unbekannt anzusehen, wenn von mehreren bekannten Personen ein jeder das Erbrecht für sich in Anspruch nimmt, das Erbrecht eines Dritten aber ausgeschlossen ist. Das Gesetz sagt nicht ausdrücklich, wem der Erbe unbekannt sein muß, damit eine Sicherung des Nachlasses durch das Gericht angängig sei. Es liegt aber in der Natur der Sache, daß die Kenntnis oder Unkenntnis in erster Linie aus dem Geiste des Erben selbst zu beurteilen ist. Kennt jemand sein Erbrecht und kennt das Gericht diese seine Kenntnis, so kann nicht wohl gesagt werden, daß der Erbe unbekannt ist. So aber liegt die Sache hier. Die Testamentserbin, die einen Erbschein über ihr Erbrecht verlangt hat, und der Sohn, der auf Feststellung seines Erbrechts geklagt hat, stehen beide auf dem Standpunkte, daß jeder sich für den Alleinerben hält, daß er den Erben kennt. Zweifelhaft ist ihnen nur, zu wessen Gunsten das Gericht entscheiden wird. Ebenso kann der Nachlaßrichter und jeder Dritte sich ein Urteil darüber bilden, wen er für den Erben halten will, und dadurch den Erben erkennen; nur das kann er nicht wissen, ob das schließlich in Privatrechtsstreitigkeiten entscheidende Prozeßgericht seiner Ansicht beitreten wird. Es entspricht dem Sprachgefühle mehr, in solchen Fällen von einer Unsicherheit oder einem Zweifel, als von Unkenntnis zu reden, wie denn auch in einem Prozeß über das Eigentum an einer Sache vor der Rechtskraft des Urteils nicht gesagt zu werden pflegt, daß der Eigentümer unbekannt sei.

Dazu kommt folgendes: Der Entw. I ließ in den §§ 2058, 2059 die Bestellung eines Nachlaßpflegers nur, wenn der Erbe unbekannt ist, sonstige Sicherungsmaßregeln aber auch dann zu, wenn der Erbe für den Nachlaß zu sorgen außerstande ist. In den Motiven 5, 544 ist dazu bemerkt: die Zulassung der Nachlaßpflegschaft auch dann, wenn sämtliche Erben oder der alleinige Erbe sie beantrage, sei weder innerlich begründet noch ein Bedürfnis,

Digitized by Google

würde auch mit dem im größten Teile Deutschlands geltenden Rechte nicht in Einklang stehen; seien die Erben in der Lage, die den Nachlaß betreffenden Angelegenheiten zu führen, so hätten sie sich dieser Führung auch zu unterziehen. Hieraus geht hervor, daß die Verfasser des ersten Entwurfs ein Unbekanntsein des Erben dann für ausgeschlossen gehalten haben, wenn der Erbe die Nachlaßangelegenheiten selbst führen kann. Dies aber ist der Fall, wenn er seine Berufung kennt, auch wenn ein anderer ihm das Erbrecht bestreitet und selbst Erbe zu sein behauptet. In der zweiten Kommission (Protokolle 5, 665) wurde zwar die Zulässigkeit der Nachlaßpflegschaft auf alle Fälle ausgedehnt, in denen überhaupt die Sicherung des Nachlasses durch das Nachlaßgericht zulässig ist, zugleich aber ausgesprochen, es sei kein Grund, nach erfolgter Annahme der Erbschaft, aber bei Behinderung des Erben noch eine Fürsorge des Nachlaßgerichts eintreten zu lassen; denn es bestehe kein Anlaß, dem im Wege Erbganges erworbenen Vermögen den behördlichen Schutz in anderer Weise oder in weiterem Umfang angedeihen zu lassen, als er allen Vermögensinteressen nach den Grundsätzen des Vormundschaftsrechts zuteil werde. Die zweite Kommission hat hiernach die Sicherung des Nachlasses durch das Nachlaßgericht nach erfolgter und festgestellter Annahme der Erbschaft für ausgeschlossen erachtet. Sie kann deshalb unter den beibehaltenen Worten „der Erbe ist unbekannt", nicht den Fall begriffen haben, daß mehrere Personen die Erbschaft annehmen und sich dann gegenseitig das Erbrecht streitig machen. Im Sinne des von ihr geschaffenen § 1960 BGB. ist deshalb der Erbe immer als bekannt anzusehen, wenn feststeht, daß die Erbschaft angenommen ist. Diese Feststellung aber ist von der Entscheidung des Streites mehrerer Erbprätendenten dann unabhängig, wenn alle die Erbschaft angenommen haben.

Ein dritter Grund für diese Ansicht ergibt sich daraus, daß der § 1960 BGB. die Sicherung des Nachlasses durch das Nachlaßgericht von dem bestehenden Bedürfnis abhängig macht. Das Gesetz geht also davon aus, daß in allen drei Fällen der Nichtannahme der Erbschaft, der Ungewißheit der Annahme und des Unbekanntseins des Erben die Möglichkeit des Bedürfnisses der amtlichen Fürsorge besteht. Für den Fall aber, daß alle Personen, welche möglicherweise zu Erben berufen sind, bekannt sind, die Erbschaft annehmen und nur untereinander um die Erbschaft streiten, kann ein Bedürfnis im Sinne des § 1960 nicht bestehen. Denn solches Bedürfnis entspricht nur den eigentümlichen Gefahren, welchen ein Nachlaß dadurch ausgesetzt ist, daß der bisherige Inhaber des Vermögens durch den Tod weggefallen ist. Zur Beseitigung anderer Gefahren, wie sie daraus entstehen können, daß mehrere dasselbe Recht für sich in Anspruch nehmen, dienen die in der Zivilprozeßordnung gegebenen Rechtsbehelfe. Diese sind dem Erbprätendenten, der die Erbschaft angenommen hat, ebenso zugänglich wie jedem, der ein Recht zu haben behauptet. Er kann also unter den Begriff des unbekannten und deshalb möglicherweise des Schutzes des Nachlaßgerichts bedürftigen Erben nicht gebracht werden.

Bestätigung findet dieses Ergebnis in der Analogie des § 1960 und des § 1913 BGB., die im § 2059 des Entw. I durch ausdrückliche Verweisung anerkannt war. Der § 1913 BGB. bestimmt auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechts: „Ist unbekannt oder ungewiß, wer bei einer An-

Digitized by Google

gelegenheit der Beteiligte ist, so kann dem Beteiligten für diese Angelegenheit, soweit eine Fürsorge erforderlich ist, ein Pfleger bestellt werden." Wenn im Falle des § 1960 BGB. der Erbe als unbekannt angesehen würde, weil zwei Personen die Erbschaft jeder für sich annehmen und sich streitig machen, so müßte auch § 1913 BGB. dahin ausgelegt werden, daß der Beteiligte unbekannt ist, wenn zwei Personen darüber streiten, wem von ihnen ein Recht zusteht, wenn aber feststeht, daß es einem von ihnen gebührt. Das Vormundschaftsgericht wäre dann bei Bejahung des Bedürfnisses durch alle einen solchen Streit betreffenden Zivilprozesse vor die Aufgabe gestellt, für den künftigen Sieger einen Pfleger zu bestellen, sofern es sich nicht schon während des schwebenden Prozesses davon überzeugte, wem das Recht zusteht. Eine derartige Ueberspannung der vormundschaftlichen Fürsorge für Personen, die selbst durchaus in der Lage sind, ihre Interessen durch zivilprozessuale Mittel zu schützen, ist selbstverständlich ausgeschlossen, wird auch in der Literatur oder Judikatur nirgends verlangt.

Danach ist die weitere Beschwerde gegen die Aufhebung der Nachlaßpflegschaft zurückzuweisen, weil nach der feststehenden Annahme der Erbschaft durch beide Prätendenten der Erbe im Sinne des § 1960 BGB. nicht mehr unbekannt ist. Sie würde übrigens auch bei anderer Beantwortung dieser Frage nach dem oben Gesagten aus dem zweiten Grunde zurückzuweisen sein, daß das Landgericht das Bedürfnis einer Sicherung des Nachlasses durch das Nachlaßgericht ohne Rechtsirrtum verneint hat.

Pflicht des Nachlaßgerichts, auf den Antrag eines Miterben ein Inventar entweder selbst aufzunehmen oder die Aufnahme einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten oder Notar zu übertragen.

§ 2003 BGB.

Kammergericht Berlin, 13. Dezember 1906. — Bd. 8 S. 100.

Der Büdner Michael S. und seine Ehefrau Rosalie sind im Jahre 1906 gestorben. Sie haben mehrere Abkömmlinge hinterlassen, darunter eine Tochter Emma, verehelichte M., und einen Enkel Ewald S., der ein Sohn ihres vor ihnen gestorbenen Sohnes Julius S. ist. Die Mutter und gesetzliche Vertreterin dieses Ewald S., Witwe Pauline S., hat bei dem Nachlaßgerichte die Inventarisation des Nachlasses der Eheleute Michael nnd Rosalie S. durch das Gericht beantragt. Das Amtsgericht hat den Antrag abgelehnt, weil die Eheleute S. nach ihrem gemeinschaftlichen Testamente vom 9. April 1906 durch ihre Tochter Emma beerbt seien, Ewald S. also nur pflichtteilsberechtigt sei und deshalb kein Recht auf die Inventarisation habe. Der Rechtsanwalt A. hat im Namen der Witwe S. als Vertreterin des Ewald S. Beschwerde eingelegt und darin das Testament für ungültig erklärt und die Aufnahme des Nachlaßinventars durch das Nachlaßgericht auf Grund des § 2003 BGB. verlangt, auch den § 1960 BGB. und den § 74 FG. angezogen. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Es hat dabei die Gültigkeit des Testaments vom 9. April 1906 dahingestellt gelassen und ausgeführt: Der Antrag aus § 2003 BGB. könne nur von allen Miterben gemeinschaftlich gestellt werden; ein Pflichtteilsberechtigter könne nur von den Erben Auskunft verlangen; der § 1960 BGB. sei unanwendbar, weil die Erben bekannt seien und die Erbschaft angenommen hätten.

Digitized by Google

Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe folgender Gründe an das Amtsgericht zurückverwiesen:

Das Amtsgericht nimmt an, daß die Erblasser durch gültige letztwillige Verfügung ihre Tochter Emma zur alleinigen Erbin eingesetzt haben. Von diesem Standpunkt aus ist die Abweisung des Antrags des Beschwerdeführers Ewald S. auf Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses durch das Nachlaßgericht gerechtfertigt. Denn er ist dann nicht Miterbe, sondern hat nur als Pflichtteilsberechtigter nach § 2303 BGB. einen persönlichen Anspruch gegen die Erbin auf Zahlung einer der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils gleichkommenden Geldsumme. Als Nachlaßgläubiger kann er dann zwar auf Grund des § 1994 BGB. bei dem Nachlaßgerichte beantragen, daß der Erbin eine Frist zur Errichtung des Inventars bestimmt werde. Er kann ferner nach §§ 2314, 260 BGB. — erforderlichenfalls im Prozeßwege — verlangen, daß die Erbin ihm über den Bestand des Nachlasses Auskunft erteile, ihm ein Verzeichnis des Bestandes vorlege, ihn bei der Aufnahme dieses Verzeichnisses zuziehe, dabei auch den Wert der Nachlaßgegenstände ermittele und das Verzeichnis durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufnehmen lasse. Er kann aber als Nachlaßgläubiger weder auf Grund des § 1993 noch des § 2314 BGB. unmittelbar das Nachlaßgericht mit dem Antrag angehen, das Inventar oder das Bestandsverzeichnis aufzunehmen (zu vergl. RJA. 4, 92). Das Landgericht glaubt dagegen die Frage, ob Emma M. die alleinige Testamentserbin oder mit dem Beschwerdeführer und ihren Geschwistern zusammen gesetzliche Erbin sei, unentschieden lassen zu können, weil der Antrag des Beschwerdeführers auch dann unbegründet sei, wenn er Miterbe sei.

Richtig ist, daß der Antrag auch in diesem Falle in dem in der ersten Beschwerde angezogenen § 1960 BGB. keine Stütze findet. Nach dieser Bestimmung hat das Nachlaßgericht für die Sicherung des Nachlasses, soweit ein Bedürfnis besteht, zu sorgen, wenn die Erbschaft noch nicht angenommen, der Erbe unbekannt oder ungewiß ist, ob er die Erbschaft angenommen hat; es kann zu diesem Zwecke insbesondere die Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses anordnen. Die Voraussetzungen des § 1960 Abs. 1 BGB. sind aber für jeden Erbteil besonders zu prüfen (zu vergl. RJA. 7, 29). Für den Erbteil des Beschwerdeführers liegen sie nicht vor, da seine gesetzliche Vertreterin durch ihre in dieser Sache gestellten Anträge zu erkennen gegeben hat, daß sie die Erbschaft für ihn annimmt. Ob etwa Anlaß vorliegt, die Erbteile der übrigen gesetzlichen Miterben, insbesondere des einen angeblich in Amerika befindlichen, zu sichern, ist hier nicht zu erörtern, da die Unterlassung solcher Sicherung das Recht des Beschwerdeführers nicht beeinträchtigt (§ 20 FG.).

Zutreffend ist auch, daß der Beschwerdeführer als Miterbe seine Berechtigung, die Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses durch das Nachlaßgericht bei diesem zu beantragen, nicht aus den §§ 2018, 2027, 2028, 260 BGB. ableiten kann. Ein Miterbe kann nach § 2018 BGB. von dem Miterben, welcher als vermeintlicher Alleinerbe den Erbteil des ersteren an sich genommen hat, Herausgabe des Erlangten, also Herstellung des den §§ 2038 ff. BGB. entsprechenden Zustandes verlangen. Der besitzende Miterbe ist auch in solchem

Digitized by Google

Falle nach § 2027 BGB. zur Auskunft über den Bestand der Erbschaft und den Verbleib der Erbschaftsgegenstände sowie nach § 260 BGB. zur Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses und, wenn er sich zur Zeit des Erbfalls mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft befunden hat, nach § 2028 BGB. zur Auskunft über die von ihm geführten erbschaftlichen Geschäfte verpflichtet. Alle diese Ansprüche des Miterben sind aber nicht durch Anträge bei dem Nachlaßgerichte, sondern dem besitzenden Miterben gegenüber — erforderlichenfalls im Prozeßwege — zu verfolgen (zu vergl. OLGRspr. 5, 231.)

Nicht beizustimmen ist aber dem Landgerichte, wenn es dem Beschwerdeführer als Miterben das auf Grund des § 2003 BGB. in Anspruch genommene Recht versagen will, zu verlangen, daß das Nachlaßgericht ein Nachlaßinventar aufnehme oder die Aufnahme einer zuständigen Behörde, einem zuständigen Beamten oder einem Notar übertrage. Das Landgericht befindet sich zwar mit seiner Ansicht, daß das Antragsrecht aus § 2003 BGB. nur dem Alleinerben oder sämtlichen Miterben, nicht einem einzelnen Miterben zustehe, in Uebereinstimmung mit einer gelegentlichen Bemerkung des KG. in dem Beschlusse vom 16. Dezember 1901 (RJA. 3, 13). Die dieser Bemerkung zugrunde liegende Rechtsauffassung ist aber bereits vom Kammergericht in der OLGRspr. 5, 342 und 10, 296 verlassen worden und sie kann bei nochmaliger Erwägung nicht aufrecht erhalten werden. Der Wortlaut der §§ 1993 ff., insbesondere des § 2003 BGB., in denen überall nur vom Erben, nicht von dem Miterben die Rede ist, ist allerdings nicht entscheidend. Denn das BGB. hat für den Erben eines Bruchteils keine ausschließliche technische Bezeichnung; es nennt ihn zwar im § 1922 Abs. 2 und in den §§ 2033, 2034, 2038 Miterben; es spricht aber anderseits im § 1922 Abs. 1 und in den §§ 1924, 2353, 2357 auch von mehreren Erben. Ebensowenig kann das Argument überzeugen, daß es einem nicht im Mitbesitze des Nachlasses befindlichen Miterben unmöglich sei, das Inventar selbst zu errichten, und daß er deshalb das Inventarrecht ohne seine Schuld verlieren würde, wenn ihm nicht das Antragsrecht aus § 2003 BGB. gegeben wäre. Denn ein nichtbesitzender Miterbe hat zwar keine Möglichkeit, seine Miterben zur Errichtung eines Nachlaßinventars oder zur Mitwirkung bei der Errichtung eines solchen zu zwingen. Die Errichtung und Einreichung des in den §§ 1993 ff. BGB. behandelten Nachlaßinventars ist vielmehr trotz der Vorschrift im § 2003 Abs. 2 BGB., daß der Erbe verpflichtet sei, die zur Aufnahme des Inventars erforderliche Auskunft zu erteilen, überhaupt nicht erzwingbar (zu vergl. Motive BGB. 5, 616). Die Rechtsfolgen des Unterlassens der Einreichung oder des Einreichens eines unvollständigen Inventars sind im Gegenteil im § 2005 BGB. erschöpfend dahin geregelt, daß der Erbe, für welchen die dort bezeichneten Voraussetzungen zutreffen, für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Eine Verpflichtung eines Miterben gegenüber dem anderen Miterben zur Errichtung des Inventars kann auch nicht aus dem § 2038 BGB. abgeleitet werden, da die Errichtung nicht dem Kreise der zur Verwaltung des Nachlasses erforderlichen Maßregeln angehört, sondern lediglich für die Frage Bedeutung hat, ob die Erben den Nachlaßgläubigern beschränkt oder unbeschränkt haften. Schließlich ist das Bestandsverzeichnis, dessen Vorlegung nach den oben gegebenen Erörterungen ein Miterbe unter Umständen von dem andern Miterben verlangen kann, ein vollständig

Digitized by Google

anderes Wesen als das Nachlaßinventar der §§ 1993 ff., von dem es sich durch den Namen, nach den §§ 2001, 260 auch durch den Inhalt und vor allem durch seine rechtliche Bedeutung unterscheidet und dem es in den §§ 2011, 2012 BGB. ausdrücklich gegenübergestellt wird. Aus dieser Nichterzwingbarkeit der Mitwirkung anderer Miterben folgt aber nicht, daß ein einzelner nicht im Besitze der Nachlaßgegenstände befindlicher Miterbe das Inventar nicht wirksam errichten könne. Denn die Vorschrift des § 2001 BGB., daß im Inventare die Nachlaßgegenstände und Nachlaßverbindlichkeiten vollständig angegeben werden sollen, hat, wie sich aus § 2006 ergibt, nur die Bedeutung, daß der das Inventar einreichende Erbe sie so vollständig anzugeben hat, als er dazu imstande ist. Tut er dies, so tritt die ihm nachteilige Folge des § 2005 BGB., daß er unbeschränkt haftet, nicht ein. Auch den Offenbarungseid des § 2006 BGB. kann er dann leisten. Es ist also nicht richtig, daß er des Antragsrechts aus § 2003 BGB. notwendig bedarf, um sich gegen den Eintritt der unbeschränkten Haftung zu sichern. Anderseits ist aber auch das Argument in dem Beschlusse vom 16. Dezember 1901, daß das Nachlaßgericht keine Macht habe, den den Nachlaß besitzenden Miterben auf Antrag eines anderen Miterben zur Mitwirkung bei der Errichtung des Inventars oder auch nur zur Duldung der Inventarisierung der in seinem Besitze befindlichen Nachlaßgegenstände zu zwingen, und daß deshalb der Antrag aus § 2003 BGB. nur von sämtlichen Miterben gestellt werden könne, nicht überzeugend. Richtig ist, daß das Nachlaßgericht solche Zwangsgewalt nicht hat. Denn die Art. 15, 17 PrFG. setzen voraus, daß das Gericht berechtigt ist, die zu erzwingende Verpflichtung durch Verfügung aufzuerlegen und solche Berechtigung steht hier dem Nachlaßgerichte nach der gesetzlichen Ordnung der Inventarerrichtung ebensowenig zu, wie ein Miterbe die Mitwirkung der anderen Miterben verlangen kann. Das Nachlaßgericht bedarf aber auch zur Errichtung eines Inventars der Mitwirkung des weigernden Miterben ebensowenig wie der antragstellende Miterbe. Es kann vielmehr auf Grund der Angaben des letzteren und der etwa sonst bekannten Tatsachen jederzeit das Inventar so vollständig aufstellen, als es nach Lage der Sache möglich ist, ohne daß eine vom Antragsteller nicht verschuldete Unvollständigkeit die nachteiligen Folgen des § 2005 BGB. für ihn hat. Entscheidend für die aufgeworfene Frage, ob ein einzelner Erbe das Antragsrecht aus § 2003 hat, ist folgendes: Der § 2003 steht im inneren Zusammenhange mit den §§ 1993, 1994 Wenn nach diesen Bestimmungen ein einzelner Miterbe zur Einreichung eines Inventars berechtigt ist oder einem einzelnen Miterben auf Antrag eines Gläubigers eine Frist zur Inventarerrichtung bestimmt werden kann, dann muß der einzelne Miterbe auch das Antragsrecht aus § 2003 haben, da es nur eine Ergänzung des Rechtes zur Inventarerrichtung selbst ist. Mit dem obersten Landgericht in München (RJA. 3, 176) ist anzunehmen, daß ein Gläubiger sich darauf beschränken kann, einem einzelnen Miterben eine Inventarfrist stellen zu lassen. Selbst die allen Miterben bestimmte Inventarfrist läuft nach § 1995 BGB. für jeden einzelnen besonders und von möglicherweise verschiedenen Anfangsterminen an; sie kann auch für jeden verschieden lang bemessen sein (zu vergl. Planck Anm. 2 zu § 2063 BGB.). Der einzelne Miterbe kann, wie oben gesagt, seine Miterben nicht zwingen, das Inventar zu errichten oder dabei

Digitized by Google

mitzuwirken. Er muß also im Falle des § 1994, wenn ihm eine Frist bestimmt ist, das Recht haben, das Inventar allein zu errichten, um sich gegen die Nachteile des § 1994 Abs. 1 Satz 2 BGB. sichern zu können. Dann ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb ihm dieses Recht nicht auch ohne Fristsetzung im Falle des § 1993 zustehen sollte, um sich vorsorglich zu sichern. Ueberdies erkennt der § 2063 BGB. die Möglichkeit der Errichtung des Inventars durch einen einzelnen Miterben ausdrücklich an und regelt die Folgen für die übrigen Miterben. Wenn aber ein einzelner Miterbe das Recht aus § 1993 hat und dem § 1994 unterliegt, so muß ihm nach dem Zusammenhange des Gesetzes auch das Recht aus § 2003 zugestanden werden. Daß dem Beschwerdeführer, dessen Vertreter ihn augenscheinlich durch seinen Antrag nicht gegen die unbeschränkte Haftung für die Nachlaßschulden sichern will, sondern den Antrag irrtümlicherweise als ein Mittel ansieht, die Ansprüche des Beschwerdeführers gegen die Erbschaftsbesitzerin geltend zu machen und sie zur Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses zu zwingen, die Aufnahme eines Nachlaßinventars durch das Nachlaßgericht in Gemäßheit der oben entwickelten Grundsätze keine Förderung des verfolgten Zweckes gewährt, ist kein Grund, seinen Antrag, der sich ausdrücklich auf § 2003 BGB. stützt, abzulehnen.

Unter diesen Umständen hängt der Erfolg der weiteren Beschwerde von der Beantwortung der durch das Landgericht unentschieden gelassenen Frage ab, ob die Erblasser von ihren gesetzlichen Erben, darunter dem Beschwerdeführer, oder ihrer Tochter Emma kraft letztwilliger Verfügung allein beerbt worden sind. Diese Frage ist im ersteren Sinne zu entscheiden . . .

Mangelnde Befugnis des Registergerichts, eine vom Vorstande behufs Eintragung in die Liste der Genossen eingereichte Beitrittserklärung in der Richtung zu prüfen, ob der Antrag zum Beitritte rechtswirksam angenommen ist.

§ 15 GenG., § 29 Abs. 3, 4 der Bekanntmachung des Reichskanzlers, betr. die Führung des Genossenschaftsregisters und die Anmeldungen zu diesem Register, vom 1. Juli 1899.

Kammergericht Berlin, 8. November 1906. — Bd. 8 S. 105.

Die im Genossenschaftsregister eingetragene Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht Spar- und Darlehnskasse zu D. wird durch einen aus drei Mitgliedern bestehenden Vorstand vertreten (§ 16 des Statuts). Vorstandsmitglieder sind zur Zeit der Lehrer H., der Gastwirt M. und der Kaufmann A. zu D. Die Willenserklärung und Zeichnung für die Genossenschaft muß durch zwei Vorstandsmitglieder erfolgen, wenn sie Dritten gegenüber Rechtsverbindlichkeit haben soll (§ 17 das.). Zum Erwerbe der Mitgliedschaft bedarf es nach § 4 des Statuts einer von dem Beitretenden zu unterzeichnenden unbedingten Erklärung des Beitritts und eines Aufnahmebeschlusses des Vorstandes. Durch eine für die Genossenschaft von ihren beiden Vorstandsmitgliedern H. und M. unterzeichnete Eingabe haben diese bei dem Amtsgerichte zu H. die schriftliche Beitrittserklärung des landwirtschaftlichen Bezugsvereins, eingetragene Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht zu D., eingereicht, damit die letztere Genossenschaft in die Liste der Genossen der ersteren

Digitized by Google

Genossenschaft eingetragen werde. Diese Beitrittserklärung ist für die beitretende Genossenschaft ebenfalls von H. und M., denselben Personen, welche dem Vorstande der Spar- und Darlehnskasse zu D. angehören und die erwähnte Eingabe für diese gemacht haben, unterzeichnet. Das Amtsgericht hat die beantragte Eintragung in die Genossenliste abgelehnt, indem es auf Grund des § 181 BGB. die rechtliche Zulässigkeit der Vertretung der beitretenden Genossenschaft durch dieselben Personen, welche gemäß § 4 des Statuts über ihre Zulassung zur aufnehmenden Genossenschaft beschlossen hätten, beanstandete. Die hiergegen eingelegte Beschwerde ist zurückgewiesen worden. Auf die weitere Beschwerde, welche unter anderem rügte, daß durch die Anwendung des § 181 BGB. der Art. 32 EG. z. BGB. verletzt sei, hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen.

In den Gründen wird zunächst unter Bezugnahme auf den im KGJ. 21 A, 106 ff. abgedruckten Beschluß dargelegt, daß der § 181 für das Rechtsverhältnis des Genossenschaftsvorstandes zur Genossenschaft maßgebend sei und der Art. 32 insofern nicht zutreffe, als es im Genossenschaftsgesetz an einer Vorschrift fehle, deren Inkraftbleiben oder Aufhebung hier in Frage kommen könnte. Die Gründe fahren dann fort:

Für die Erwerbung der Mitgliedschaft der Genossenschaft ist im § 15 GenG. folgendes bestimmt:

> Nach der Anmeldung des Statuts zum Genossenschaftsregister bedarf es zum Erwerbe der Mitgliedschaft einer von dem Beitretenden zu unterzeichnenden unbedingten Erklärung des Beitritts.
>
> Der Vorstand hat die Erklärung im Falle der Zulassung des Beitretenden behufs Eintragung desselben in die Liste der Genossen dem Gerichte (§ 10) einzureichen. Die Eintragung ist unverzüglich vorzunehmen.
>
> Durch die Eintragung, welche auf Grund der Erklärung und deren Einreichung stattfindet, entsteht die Mitgliedschaft des Beitretenden.

Ferner ist im § 29 der Bekanntmachung des Bundesrats vom 1. Juli 1899, Reichs-Gesetzbl. S. 347 (welche auf Grund des § 161 GenG. als Rechtsverordnung und nicht etwa als bloße Verwaltungsinstruktion über die Führung des Genossenschaftsregisters und die Anmeldungen zu diesem Register ergangen ist) vorgeschrieben:

> Bei der Eintragung eines Genossen, der nach der Anmeldung des Statuts der Genossenschaft beitritt, hat das Gericht zu prüfen, ob die Beitrittserklärung (Gesetz § 15) die Unterschrift des Genossen trägt, eine unbedingte ist und bei Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht oder unbeschränkter Nachschußpflicht die in den §§ 120, 127 des Gesetzes vorgeschriebene Bemerkung enthält, sowie ob die Einreichung ordnungsmäßig durch den Vorstand erfolgt ist.
>
> Auf die Echtheit der Unterschrift und die Wirksamkeit der Beitrittserklärung erstreckt sich die Prüfung des Gerichts nicht; vielmehr bleibt es im allgemeinen den Beteiligten überlassen, Mängel in dieser Richtung im Wege der Klage geltend zu machen. Eine Ablehnung der Eintragung aus solchen Gründen ist jedoch nicht ausgeschlossen, falls die Unwirksamkeit der Beitrittserklärung, ohne daß es weiterer Ermittelungen bedarf, aus den dem Gerichte bekannten Tatsachen sich als zweifellos ergibt.

Digitized by Google

Nach diesen Bestimmungen kann es einerseits keinem Zweifel unterliegen, daß der Beitritt zu einer bestehenden Genossenschaft sich als ein Vertrag zwischen dem Beitretenden und der Genossenschaft darstellt, welcher sich nach § 15 Abs. 1, 2 des Gesetzes durch die Erklärung des Beitretenden und durch die Zulassung des Vorstandes (Antrag und Annahme im Sinne der §§ 145 ff. BGB.) vollzieht und nach § 15 Abs. 3 durch die Eintragung in die Liste der Genossen wirksam wird (RJA. 6, 132). Anderseits ist es aber danach ebenso unzweifelhaft, daß die Prüfung des Registergerichts vor der Bewirkung dieser Eintragung sich keineswegs auf die sämtlichen Bestandteile dieses Vertrags zu erstrecken hat und daß sie auch da, wo sie vorzunehmen ist, nur in bestimmter, eingeschränkter Weise zu erfolgen hat. Im § 15 Abs. 3 des Gesetzes ist vorgeschrieben, daß die Eintragung auf Grund der Beitrittserklärung und deren Einreichung stattfindet, so daß es dabei auf die Annahmeerklärung der aufnehmenden Genossenschaft nicht ankommt. In Uebereinstimmung damit wird im § 29 der Bekanntmachung ebenfalls nur eine Prüfung der Beitrittserklärung und der Einreichung durch den Vorstand verlangt. Daraus geht ohne weiteres hervor, daß eine Prüfung in der Richtung, ob eine rechtswirksame Annahme des Antrags zum Beitritt erfolgt ist, von seiten des Registergerichts zum Zwecke einer Eintragung in die Genossenliste überhaupt nicht vorzunehmen ist. Der Nachweis der Zulassung des Beitritts soll dadurch ersetzt werden, daß seine formell ordnungsmäßige Einreichung durch den Vorstand erfolgt. Diese selbst aber ist ein abstraktes Rechtsgeschäft des Vorstandes, dessen Rechtswirksamkeit dem Gerichte gegenüber unabhängig davon ist, ob eine gehörige Zulassung des Beitretenden vorausgegangen ist, sowie ob der Vorstand dabei im Verhältnisse zur Genossenschaft innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse gehandelt hat. Sollten in dieser Beziehung nach dem Gesetz und der Bekanntmachung des Bundesrats noch irgendwelche Bedenken obwalten, so werden sie durch die Begründung zu § 15 des Entwurfs z. GenG. beseitigt, wo gesagt wird: „Es muß von seiten des eintretenden Genossen eine schriftliche unbedingte Erklärung des Beitritts und von seiten des Vorstandes die Einreichung dieser Erklärung bei dem Gerichte verlangt werden. Eines besonderen Nachweises der Zulassung seitens der Genossenschaft bedarf es nicht; die Einreichung durch den Vorstand ist hierfür genügend. Er vertritt die Genossenschaft. Die Einreichung durch ihn ist eine erkennbare und leicht nachweisbare Tatsache. Hat der Vorstand hierbei die Grenzen seines Auftrags gegenüber der Genossenschaft überschritten, Bestimmungen derselben, insbesondere Bedingungen, die von ihr für die Zulassung aufgestellt waren, unbeachtet gelassen, hat er ohne oder gegen den Beschluß der Generalversammlung oder des Aufsichtsrats gehandelt usw., so kann er sich gegenüber der Genossenschaft verantwortlich gemacht haben; aber er hat die Erklärung kraft seiner nicht einzuschränkenden gesetzlichen Befugnis, die Genossenschaft zu vertreten, für diese abgegeben. Könnte dies schon aus § 26 des Entwurfs im allgemeinen hergeleitet werden, so ist jedenfalls legislativ ein Zurückgehen auf jene internen Vorgänge nicht zu gestatten. Und da es unter allen Umständen gerechtfertigt erscheint, auch den Genossen an seiner unbedingten Beitrittserklärung festzuhalten, so kann der Eintragung, welche auf Grund dieser Erklärung und ihrer Einreichung durch den Vorstand erfolgt, schlechthin die Wirkung der Entstehung der Mitgliedschaft beigelegt werden." Auch in den Kommissionsverhandlungen wurde auf eine Anfrage

Digitized by Google

seitens der Vertreter der verbündeten Regierungen konstatiert, „daß im Falle des § 15 die Eintragung in die gerichtliche Liste erfolgen müsse, wenn die formgerechte Beitrittserklärung des Genossen vorliege und deren Einreichung durch den Vorstand erfolgt sei; der Registerrichter habe sich also auf eine formelle Prüfung zu beschränken." Muß aber die Eintragung in die Genossenliste lediglich auf Grund der Beitrittserklärung und ihrer ordnungsmäßigen Einreichung durch den Vorstand erfolgen, ohne daß ein Zurückgehen auf die interne Angelegenheit der Zulassung des Beitritts gestattet ist, so hat das Registergericht auch nicht zu prüfen, ob bei dieser Zulassung etwa gegen § 181 BGB. verstoßen ist: vielmehr ist diese Vorschrift im gegebenen Falle nur für das Verhältnis der Beteiligten untereinander von Bedeutung, denen es überlassen bleiben muß, eine etwaige ungerechtfertigte Eintragung mittels Klage anzufechten. Hiernach hat das Landgericht zu Unrecht die Befugnis des Registergerichts zur Prüfung des der vorzunehmenden Eintragung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts in dieser Beziehung für gegeben erachtet; vielmehr hatte es nur die Beitrittserklärung und deren Einreichung nach Maßgabe des § 29 Abs. 2, 3 der Bekanntmachung zu prüfen und durfte es die Eintragung lediglich von deren Ordnungsmäßigkeit abhängig machen.

Was die Beitrittserklärung anlangt, so ist nach § 29 hier nur zu prüfen, ob sie die Unterschrift des Genossen trägt, eine unbedingte ist und dem § 120 des Gesetzes inhaltlich entspricht; wegen materieller Mängel kann die Eintragung nur abgelehnt werden, wenn aus diesen ihre Rechtsunwirksamkeit ohne weiteres zutage liegt (zu vergl. KGJ. 28 A, 242). Davon aber kann hier keine Rede sein, insbesondere nicht aus dem Grunde, daß dieselben Personen, welche den Antrag der beitretenden Genossenschaft unterzeichnet haben, ihn später namens der aufnehmenden Genossenschaft akzeptierten; denn wenn auch diese Annahme zufolge des § 181 eine rechtsunwirksame gewesen sein sollte, so wurde doch dadurch die Rechtsbeständigkeit der an sich gültigen Beitrittserklärung offenbar nicht berührt. Was sodann ihre Einreichung anbetrifft, so ist vom Registergerichte nur ihre Ordnungsmäßigkeit nach § 7 der Bekanntmachung zu prüfen, während auf die Befugnis der Vorstandsmitglieder zu ihr nicht einzugehen ist. Danach kommt es aber lediglich darauf an, ob die Einreichung in der für die Willenserklärungen des Vorstandes vorgeschriebenen Form, insbesondere unter Mitwirkung der hiernach erforderlichen Zahl von Vorstandsmitgliedern, erfolgt ist (§ 26 GenG.). Diesem Erfordernis ist aber nach dem oben mitgeteilten § 17 der Statuten genügt. Nach alledem sind keine Bedenken ersichtlich, welche die verlangte Eintragung in der Genossenliste hindern könnten.

Demgemäß waren beide Vorentscheidungen aufzuheben und die Sache, wie geschehen, an das Amtsgericht zurückzuverweisen.

Mangelnde Befugnis des Testamentsvollstreckers, einen Vertrag, durch den die Erben Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung werden, abzuschließen und für die Erben zu unterzeichnen.

§ 2 GmbH., §§ 2204—2207, 2209 BGB.

Kammergericht Berlin, 11. Dezember 1906. — Bd. 8 S. 127.

In der notariellen Urkunde vom 18. August 1906 haben mehrere Personen, darunter der Bankdirektor J. in seiner Eigenschaft als Testaments-

Digitized by Google

vollstrecker des unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs verstorbenen F., einen Vertrag geschlossen, inhalts dessen sie sich zu einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma „Terraingesellschaft K. mit beschränkter Haftung" vereinigen. Die Geschäftsführer haben die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet und dabei eine Liste der Gesellschafter überreicht, in der unter anderen „F. Erben, vertreten durch den Bankdirektor J." als Gesellschafter genannt sind. Das Amtsgericht in F. hat den Antrag abgelehnt, die Beschwerde ist zurückgewiesen worden. Das Kammergericht hat auch der weiteren Beschwerde den Erfolg versagt aus folgenden Gründen:

Der beschwerdeführende Testamentsvollstrecker scheint von der Auffassung auszugehen, daß Gesellschafter der zu gründenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung weder er selbst als natürliche Person noch die Erben als natürliche Personen, sondern er in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker sei. Diese Auffassung ist rechtlich unmöglich. Ein Gesellschaftsvertrag begründet nach § 705 und § 241 BGB. ein Schuldverhältnis, kraft dessen der Gläubiger berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Subjekte eines Schuldverhältnisses können nach dem ersten Abschnitte des ersten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches nur Personen — natürliche oder juristische — sein. Ein Testamentsvollstrecker kann Schuldverhältnisse eingehen, deren Gläubiger oder Schuldner er als natürliche Person ist, wie z. B. in den Fällen der §§ 2219, 2221. Er kann auch nach §§ 2206, 2207 Schuldverbindlichkeiten für den Nachlaß eingehen, deren Schuldner nach § 1967 die Erben sind, und er kann nach § 2205 Satz 1, § 2041 Ansprüche für den Nachlaß erwerben, deren Gläubiger die Erben sind. Er kann aber nicht in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker Gläubiger oder Schuldner sein. Denn in dieser Eigenschaft übt er zwar die in den §§ 2204 ff. bezeichneten Befugnisse aus, er ist aber nicht Subjekt von Ansprüchen oder Verbindlichkeiten; er kann deshalb auch — abgelöst von seiner natürlichen Persönlichkeit — nicht Gesellschafter sein.

Die Auffassung des Beschwerdeführers ist auch tatsächlich unrichtig. Er hat den Gesellschaftsvertrag, wie es in der Urkunde heißt, als Testamentsvollstrecker abgeschlossen. Das kann nicht anders verstanden werden, als daß er die daraus entspringenden Rechte für den Nachlaß erworben hat und die daraus entspringenden Verbindlichkeiten für den Nachlaß eingegangen ist. Subjekte dieser Rechte und Verbindlichkeiten sollen also die Erben als Träger des Nachlaßvermögens sein. Demgemäß sind auch in der gemäß § 8 Nr. 3 GmbH. der Anmeldung beigefügten Liste der Gesellschafter die Erben als Gesellschafter bezeichnet.

Bei dieser Sachlage ist die Ablehnung der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister seitens der Vorinstanzen schon durch die formelle Erwägung gerechtfertigt, daß die eben erwähnte Liste der Gesellschafter die im § 8 Nr. 3 vorgeschriebene Angabe des Namens, Vornamens, Standes und Wohnortes der Erben nicht enthält.

Aber auch der aus § 2 des Gesetzes entnommene materielle Ablehnungsgrund greift durch. Nach dieser Bestimmung ist der Gesellschaftsvertrag von sämtlichen Gesellschaftern persönlich oder durch Bevollmächtigte zu unterzeichnen. Die Unterzeichnung durch andere Vertreter mit Vertretungsmacht ist nicht be-

Digitized by Google

sonders erwähnt, steht aber nach § 164 BGB. der persönlichen Unterzeichnung gleich. Eine Vollmacht der Erben, d. h. eine durch ihr Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht hat der Beschwerdeführer nicht nachgewiesen. Ihr gesetzlicher Vertreter ist er ebensowenig. Seine Macht gründet sich lediglich auf die letztwillige Verfügung des Erblassers und die §§ 2204 ff. BGB. Im § 6 des Testaments ist bestimmt, daß er mit allen gesetzmöglichen Machtbefugnissen ausgestattet sein soll. Aus den §§ 4, 5, 6 des Testaments ergibt sich ferner, daß die Auseinandersetzung unter den Erben noch längere Zeit ausgeschlossen sein und daß inzwischen der Nachlaß durch den Testamentsvollstrecker verwaltet werden soll. Danach ist gemäß §§ 2207, 2209, 2210 anzunehmen, daß der Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß der Beschränkung des § 2206 Abs. 1 Satz 1 nicht unterliegen soll. Immer aber kann er Verbindlichkeiten nur für den Nachlaß eingehen. Die Erben haften allerdings nach § 1967 für diese Verbindlichkeiten, und zwar nach § 2058 BGB. als Gesamtschuldner. Es steht ihnen aber nach §§ 1975 ff. und § 2059 das Recht zu, ihre Haftung auf den Nachlaß zu beschränken. Nur mit dieser Einschränkung kann der Testamentsvollstrecker sie kraft seines Amtes verpflichten. Deshalb fehlt ihm die Macht, einen Gesellschaftsvertrag abzuschließen, durch den sie Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung werden. Denn als solche würden sie nach § 3 Nr. 4 und den §§ 19, 20, 21, 24 des Gesetzes der Gesellschaft für die Leistung ihrer Stammeinlage und subsidiär auch für die Leistung der Stammeinlagen der übrigen Gesellschafter haften und sie könnten nach § 25 des Gesetzes von diesen Rechtsfolgen nicht, also auch nicht durch die Einrede der beschränkten Erbenhaftung, befreit werden. Fehlt dem Testamentsvollstrecker sonach die Macht, die Erben in dem Umfange zu verpflichten, in welchem sie kraft des Gesetzes durch den Gesellschaftsvertrag verpflichtet sein würden, so kann seine Unterzeichnung des Vertrags die nach § 2 des Gesetzes erforderliche Unterschrift der Erben nicht ersetzen.

Uebrigens würde, auch wenn der Testamentsvollstrecker eine Vollmacht der Erben zum Abschlusse des Vertrags in ihrem Namen beibrächte, eine Eintragung nicht erfolgen können. Die Erben würden dann zwar, wie aus allen Verträgen, die sie persönlich abschließen, unbeschränkt haften und nur etwa das Recht haben, die infolgedessen gehabten Auslagen auf Grund des § 1978 Abs. 3 BGB. den Nachlaßgläubigern, welchen gegenüber sich ihre Haftung auf den Nachlaß beschränkt, in Rechnung zu stellen, sofern der Abschluß des Gesellschaftsvertrags sich auf den Nachlaß bezog (zu vergl. Strohal, Erbrecht Bd. 2 § 64 Anm. 3 b und 11 c). Jeder der Miterben würde aber dann Gesellschafter sein und der Gesellschaftsvertrag müßte dann nach § 3 Nr. 4 des Gesetzes die hier fehlende Angabe der von jedem von ihnen auf das Stammkapital zu leistenden Einlage, der sog. Stammeinlage, einzeln enthalten. Die abweichende Absicht Staub-Hachenburgs im Zusatz 1 d zu § 2 des Gesetzes, daß bei der Gründung ein Stammanteil von mehreren Personen gemeinsam übernommen werden könnte, ist in Uebereinstimmung mit den Vorinstanzen und dem Beschlusse des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 3. Mai 1901 (RJA. 2, 130) nicht zu billigen, da das Gesetz außer durch den § 3 Nr. 4 auch durch die im § 5 gegebenen Bestimmungen, daß die Stammeinlage jedes Gesellschafters mindestens 500 Mark betragen und in Mark

Digitized by Google

durch 100 teilbar sein muß, die besondere Auswerfung der Stammeinlage jedes Gesellschafters verlangt und sie auch in den §§ 19 ff. des Gesetzes voraussetzt. Daß nach den §§ 17, 18 des Gesetzes im Falle der Veräußerung und Verwertung eine Teilung der Geschäftsanteile möglich ist, läßt einen Rückschluß auf die Gründung der Gesellschaft nicht zu, weil bei dieser das Gesetz zwecks Sicherung der Einlage des gesamten Stammkapitals besondere Bestimmungen für erforderlich gehalten hat.

Zulässigkeit der Anmeldung von Aenderungen des Vorstandes eines eingetragenen Vereins durch einen Bevollmächtigten der Vorstandsmitglieder, dem die allgemeine Ermächtigung zur Bewirkung der Anmeldungen in den Angelegenheiten des Vereins erteilt worden ist; Befugnis des Registergerichts zu der Prüfung, ob im Einzelfalle die allgemeine Bevollmächtigung genügt.

§§ 67, 77 BGB., § 13 FG.

Kammergericht Berlin, 8. November 1906. — Bd. 8 S. 130.

Der § 67 BGB. bestimmt, daß jede Aenderung des Vorstandes eines eingetragenen Vereins sowie die erneute Bestellung eines Vorstandsmitglieds von dem Vorstande zur Eintragung anzumelden ist. Diese Bestimmung ist dahin zu verstehen, daß eine solche Anmeldung ohne Rücksicht auf etwaige abweichende Bestimmungen der Satzung von allen Vorstandsmitgliedern bewirkt werden muß und daß sie nicht dem Vorstand als dem gesetzlichen Vertreter des Vereins, sondern den Mitgliedern des Vorstandes als Personen obliegt (zu vergl. RJA. 2, 183). Sie ist aber nicht dahin zu verstehen, daß die Anmeldungen durch die Vorstandsmitglieder persönlich erfolgen müssen; sie können vielmehr sowohl in der Form des § 77 BGB. durch öffentlich beglaubigte Erklärung wie in der Form der §§ 159, 128 FG. und des Art. 2 der AllgJMVerf. vom 6. November 1899 (PrJMBl. 302) durch mündliche Erklärung zum Protokolle des Registergerichts oder seines Gerichtsschreibers durch Bevollmächtigte der Vorstandsmitglieder bewirkt werden, sofern nur die Vollmacht öffentlich beglaubigt ist (zu vergl. RJA. 4, 31). Von diesen durch die bisherige Judikatur festgelegten Grundlagen gehen auch die Vorinstanzen aus. Sie meinen aber, daß die Anmeldung durch den Bevollmächtigten eines Vorstandsmitglieds grundsätzlich nur genüge, wenn seine Vollmacht eine Spezialvollmacht sei, also den Inhalt der Eintragung erkennen lasse, auf deren Anmeldung sie gerichtet sei. Diese Annahme ist rechtsirrtümlich.

Die Zulassung der Bewirkung von Anmeldungen durch Bevollmächtigte beruht in der Hauptsache auf der Bestimmung im § 13 FG., daß die Beteiligten sich in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, soweit nicht das Gericht das persönliche Erscheinen anordnet, auch durch Bevollmächtigte vertreten lassen können. Zwar ist hierbei anscheinend zunächst nur an den Fall gedacht, in dem das Gericht mit den Beteiligten persönlich verhandelt. Die Bestimmung ist aber auf den schriftlichen Verkehr mindestens auch dann anwendbar, wenn das Gesetz, wie bei Anmeldungen zum Vereinsregister, den Beteiligten sowohl die schriftliche wie die mündliche Form offen läßt (zu vergl. RJA. 4, 34). Der Begriff des Bevollmächtigten ist aus dem § 166 Abs. 2

Digitized by Google

BGB. zu entnehmen. Er ist danach der Vertreter, dessen Vertretungsmacht durch Rechtsgeschäft erteilt ist. Unter einem Vertreter aber versteht das Gesetz lediglich den Vertreter im Willen, nicht den Vertreter in der Erklärung, der in der Literatur als Bote bezeichnet zu werden pflegt, lediglich Werkzeug des Herrn ist und weder im Bürgerlichen Gesetzbuche noch im Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit besonders erwähnt wird, weil selbstverständlich ist, daß Erklärungen auch durch Boten abgegeben werden können, soweit nicht besondere gesetzliche Vorschriften (z. B. §§ 2054, 2256, 2274, 2290 usw.) entgegenstehen (zu vergl. Motive 1, 223). Wenn deshalb § 13 FG. die Anmeldung durch Bevollmächtigte zuläßt, so läßt er sie durch Vertreter im Willen zu und die Annahme des Landgerichts im Vorbeschlusse, daß die Vorstandsmitglieder darauf beschränkt seien, die Anmeldungen durch Boten zu bewirken, sich aber nicht durch Bevollmächtigte dabei vertreten lassen könnten, ist nicht haltbar. Ueber den Umfang der Vollmacht sind weder im § 13 FG. noch in den §§ 164 ff. BGB. Bestimmungen getroffen. Insbesondere hat das Gesetz die früher, z. B. im Preußischen Allgemeinen Landrecht, geltenden Rechtssätze, daß in gewissen Fällen eine Spezialvollmacht erforderlich sei, nicht aufgenommen (zu vergl. Motive 1, 231). Der Umfang der Vollmacht ist deshalb grundsätzlich aus ihrem Inhalte zu entnehmen, der im Wege der Auslegung festzustellen ist (zu vergl. Motive 230). Aus § 13 FG. läßt sich danach die Notwendigkeit einer Spezialvollmacht zu Anmeldungen zum Vereinsregister nicht ableiten.

Der § 13 FG. gilt nach § 1 FG. nur insoweit, als nicht ein anderes bestimmt ist. Die Vorinstanzen wollen aus den §§ 67, 77 BGB. ableiten, daß für Anmeldungen zum Vereinsregister insofern etwas anderes bestimmt sei, als sich für sie die Notwendigkeit der Spezialvollmacht daraus ergebe, daß das Gesetz den Anmeldungen hohe Wichtigkeit beimesse, ihre Bewirkung durch sämtliche Vorstandsmitglieder in einer deren Mitwirkung beweisenden Form verlange und danach auf dem Standpunkt stehe, daß dem Registergericht ersichtlich sein müsse, daß sämtliche Vorstandsmitglieder gerade die in Frage stehende Anmeldung bewirkt wissen wollen. Diese Auffassung steht im Einklange mit den Ansichten, welche bei Auslegung des analogen, die Anmeldung zum Handelsregister durch Bevollmächtigte zulassenden § 12 HGB., auf dessen analogen Inhalt schon in RJA. 4, 33 hingewiesen ist, in der Judikatur und Literatur laut geworden sind. In der gedachten Entscheidung ist ausgeführt, eine generelle Vollmacht reiche nicht aus, weil das Gesetz gerade in diesen Fällen ein Handeln der generell bevollmächtigten geschäftsführenden Gesellschafter nach § 108 HGB. nicht als genügend anerkenne; die persönliche Anmeldung sei als Regel gedacht; die Anmeldung durch Bevollmächtigte sei die Ausnahme, wie aus der Formvorschrift des § 12 Abs. 2 Satz 1 HGB. im Gegensatze zu § 167 Abs. 2 BGB. hervorgehe; sie sei nur zugelassen, um den dringendsten Bedürfnissen des Verkehrs entgegen zu kommen, dürfe aber nicht benutzt werden, um die vom Gesetze gewollte Einzel-Willenserklärung der sämtlichen Gesellschafter auszuschließen; nur eine Spezialvollmacht gewähre die Sicherheit, daß keine Anmeldung ohne Kenntnis jedes Gesellschafters geschehe und daß dies auch für das Registergericht feststehe.

Das Gewicht dieser Gründe ist nicht zu verkennen. Die Schlußfolgerung aus der Notwendigkeit der Anmeldung durch alle Vorstandsmitglieder oder

Digitized by Google

alle Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft auf die Notwendigkeit einer Spezialvollmacht ist zwar nicht zwingend; denn aus den Bestimmungen im § 67 BGB. und im § 108 HGB. folgt streng genommen nur, daß das Gesetz die Anmeldung nicht als Akt der Vertretung des Vereins oder der Gesellschaft im Sinne des § 26 Abs. 2 BGB. und des § 125 HGB. ansieht. Ebenso ist die Auffassung der Anmeldung durch Bevollmächtigte als einer Ausnahme und ihre Ableitung aus der Notwendigkeit der Beglaubigung der Vollmacht bedenklich, da auch sonst im Rechtsverkehre, so z. B. nach § 29 GBO. in Grundbuchsachen, Beglaubigung der Vollmachten erforderlich ist, ohne daß deshalb die Bewilligung einer Eintragung durch einen Bevollmächtigten als Ausnahme angesehen wird. Richtig ist aber, daß die Eintragungen in das Vereins- und Handelregister nach den §§ 21, 68, 69 bis 71 BGB. und nach § 15 HGB. für die Gestaltung der Rechtsverhältnisse des Vereins und der Handelsgesellschaft zu Dritten von hoher Wichtigkeit sind, daß dies der Grund ist, weshalb das Gesetz durch die §§ 59, 67, 77 BGB. und den § 108 HGB. die Anmeldung durch sämtliche Vorstandsmitglieder und Gesellschafter in beglaubigter Form verlangt, und daß die Zulassung der Anmeldung durch einen generell Bevollmächtigten die Uebereinstimmung der Anmeldung mit dem Willen des Vollmachtgebers nicht in dem Maße sicherstellt, wie die Anmeldung durch die anmeldungspflichtige Person selbst oder einen Spezialbevollmächtigten. Für das Vereinsrecht und für Aktiengesellschaften kommt hinzu, daß die Bestellung zum Vorstandsmitglied auf einem besonderen Vertrauen zu den bestellten Personen beruht und daß es dieser persönlichen Natur ihrer Rechtsstellung zuwiderläuft, wenn sie die durch das Gesetz ihnen persönlich zugewiesene Aufgaben allgemein einem anderen übertragen. Aus diesem Grunde ist auch im KGJ. 27 A, 197 für unzulässig erklärt, daß ein Testamentsvollstrecker, sofern der Erblasser nicht etwas anderes angeordnet hat, sich eines Vertreters außer zur Ausführung einzelner Geschäfte bedient. Dessenungeachtet ist die Annahme, daß zur Anmeldung grundsätzlich eine spezielle, den Inhalt der Anmeldung erkennenlassende Vollmacht erforderlich sei, nicht zu billigen, wie denn auch schon in RJA. 4, 31 eine Vollmacht dahin, sämtliche dem Vorstand obliegende Anmeldungen zu bewirken, dem Inhalte nach nicht beanstandet ist. Denn die gedachten Erwägungen beruhen doch zum Teil auf dem Gedanken, daß die Rechtssicherheit durch Zulassung einer generellen Vollmacht gefährdet werde, weil dann das Registergericht den Anmeldungen eines generell Bevollmächtigten Folge geben müsse, ohne eine gesetzliche Handhabe zu besitzen, etwaigen Bedenken daran, ob der Bevollmächtigte dem Willen des Vollmachtgebers gemäß handele, ob der anmeldepflichtige Vollmachtgeber überhaupt Kenntnis von der Anmeldung habe, nachzugehen. Erweist sich diese letztere Annahme als unrichtig, so verdient die grundsätzliche Zulassung der allgemeinen Vollmacht sogar den Vorzug vor ihrer grundsätzlichen Ablehnung. Denn es ist immer bedenklich, gegenüber dem allgemeinen aus § 167 und § 133 BGB. abzuleitenden Prinzipe, daß der Umfang einer Vollmacht nach ihrem Inhalte zu beurteilen sei, und gegenüber der Ablehnung ausdrücklicher Vorschriften über Spezialvollmachten im Gesetze lediglich aus der Wichtigkeit eines Rechtsinstituts heraus die gesetzliche Notwendigkeit der Spezialvollmacht festzustellen, weil die Wichtigkeit ein relativer Begriff ist, für dessen Festlegung bestimmte Anhaltspunkte fehlen, und weil schwer zu sagen ist,

Digitized by Google

weshalb das Gesetz die Notwendigkeit der Spezialvollmacht nicht ausgesprochen hat, wenn es sie gewollt hat. Ueberdies kann ohne Aufstellung des vom Landgericht angenommenen Grundsatzes der Einzelfall eine den konkreten Verhältnissen mehr entsprechende Berücksichtigung finden. Er kann aber sehr wohl so geartet sein, daß das starre Erfordernis einer Vollmacht für jede einzelne Anmeldung eine unnötige Belästigung der Beteiligten mit Mühe und Kosten enthält.

Die gedachte Vorschrift, nach welcher der Registerrichter im Einzelfalle zu prüfen und zu entscheiden hat, ob eine allgemeine Vollmacht für Anmeldungen genügt, ist aus dem Zwischensatz im § 13 FG., „soweit nicht das Gericht das persönliche Erscheinen anordnet", zu entnehmen. Dem Wortlaute nach bezieht sich dieser Satz allerdings nur auf die Fälle, in welchen das Gericht mit den Bevollmächtigten persönlich verhandelt. Wie aber der Hauptsatz, daß die Beteiligten sich durch Bevollmächtigte vertreten lassen können, nach den oben aus RJA. 4, 34 wiedergegebenen Ausführungen, auch auf die Fälle schriftlichen Verkehrs anzuwenden ist, soweit dieser, wie bei Anmeldungen zum Register, neben der mündlichen Erklärung zugelassen ist, so muß auch der Zwischensatz auf diese Fälle angewendet werden. Ob dabei so weit zu gehen ist, daß das Gericht bei der schriftlichen Anmeldung durch einen Bevollmächtigten das persönliche Erscheinen des Anmeldepflichtigen anordnen kann, braucht hier nicht entschieden zu werden. Aus dem Zwischensatz ist aber das allgemeine Prinzip zu entnehmen, daß das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, soweit der Beteiligte sich ihm gegenüber durch einen Bevollmächtigten vertreten läßt, das Recht hat, sich im Einzelfalle Sicherheit darüber zu verschaffen, daß die Willenserklärungen des Bevollmächtigten dem Willen des Vollmachtgebers entsprechen, und zu diesem Zwecke den Verkehr mit dem Bevollmächtigten abzulehnen und in unmittelbaren Verkehr mit dem Vollmachtgeber, sei es auch nur in schriftlichen, zu treten, also anzuordnen, daß der Beteiligte seine schriftliche Erklärung persönlich abgibt oder, was diesem Verlangen gegenüber das kleinere ist, daß der Beteiligte eine Spezialvollmacht ausstellt, die erkennen läßt, daß die Erklärungen des Bevollmächtigten seinem Willen im einzelnen entsprechen. Unter welchen Voraussetzungen das Gericht von dieser Befugnis Gebrauch machen will, ist Sache seines unter Berücksichtigung des Einzelfalls auszuübenden pflichtmäßigen Ermessens.

Deshalb ist die Ablehnung der grundsätzlichen Notwendigkeit einer Spezialvollmacht zu Anmeldungen zum Vereinsregister, die Aufhebung der auf diesem Grundsatze beruhenden Vorentscheidungen und die Zurückweisung der Sache an das Amtsgericht zwecks Prüfung, ob im vorliegenden Einzelfalle die Erforderung einer Spezialvollmacht angezeigt ist, geboten.

Pfändung einer Forderung, für die eine Gesamthypothek besteht. Erfordernis der Eintragung der Pfändung auf allen mitbelasteten Grundstücken. (Vergl. RG. 63, 74.)

§§ 1132, 1153 BGB., §§ 830, 851 ZPO.

Kammergericht Berlin, 25. Oktober 1906. — Bd. 8 S. 136.

Im Grundbuche des dem W. gehörigen Grundstücks E. Bd. I Bl. 13 steht in Abt. III Nr. 8 eine Kaufgeld-Buchhypothek von 2700 M. für die

Digitized by Google

K.schen Eheleute eingetragen. Bei Veräußerung eines Teiles des Grundstücks ist die Post nach E. Bd. III Bl. 71 Abt. III Nr. 6 zur Mithaft übertragen worden. Eingetragener Eigentümer ist B. Dieser hat in dem mit seinen Besitzvorgängern geschlossenen Kaufvertrage die genannte Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen. In der Zwangsvollstreckungssache des L. gegen die K.schen Eheleute ist durch Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß wegen einer vollstreckbaren Forderung des L. von 26,50 M. nebst 17 M. Kosten „die angebliche Kaufgelderforderung der Schuldner von 2700 M. an B., eingetragen auf dessen Grundstück E. Nr. 71" gepfändet und in Höhe dieser Beträge dem L. zur Einziehung überwiesen. L. hat unter Einreichung dieses Beschlusses und der Zustellungsurkunden über die Zustellung an B. und die K.schen Eheleute zu den Grundakten E. Bl. 71 beantragt, die Pfändung der Hypothek Abt. III Nr. 6 in Höhe von 43,50 M. einzutragen.

Das Amtsgericht O. hat diesen Antrag beanstandet, weil die gepfändete Hypothek auch auf dem Stammgrundstück E. Bd. I Bl. 13 eingetragen sei, daher die Hypothek auf E. Bd. III Bl. 71 für sich allein weder übertragbar noch pfändbar sei und deshalb ein die Gesamthypothek betreffender Pfändungsbeschluß beigebracht werden müsse. Die von dem Beschwerdeführer hiergegen eingelegte Beschwerde ist aus dem gleichen Grunde vom Landgerichte zurückgewiesen worden. In der weiteren Beschwerde hierüber wird geltend gemacht: Der Hypothekengläubiger könne bei einer Gesamthypothek seine Befriedigung aus jedem der verhafteten Grundstücke suchen. Deshalb sei die Gesamthypothek auch nur einem Schuldner gegenüber pfändbar und übertragbar. Im vorliegenden Falle sei der Pfändungsbeschluß gegen den Eigentümer von E. Nr. 71 allein erwirkt worden, weil nur dieser, nicht auch der Eigentümer von E. Nr. 13 persönlicher Schuldner der K.schen Eheleute sei.

Das Kammergericht hat auch der weiteren Beschwerde den Erfolg versagt aus folgenden Gründen:

In der Rechtslehre herrscht darin Uebereinstimmung, daß der Gläubiger einer Gesamthypothek sein Recht nicht dadurch vervielfältigen kann, daß er das Hypothekenrecht bezüglich der einzelnen belasteten Grundstücke an verschiedene Personen überträgt oder daß er die Hypothek an dem einen Grundstück an einen anderen abtritt, während er die Hypothek an dem anderen Grundstücke für sich zurückbehält, daß er überhaupt dem Rechte an dem einen und dem an dem anderen Grundstück einen verschiedenen Inhaber gibt. Es folgt dies daraus, daß das Recht aus der Gesamthypothek ein einheitliches ist und dem Gesamthypothekengläubiger nicht so viele Hypotheken, als belastete Grundstücke vorhanden sind, zustehen, sondern nur eine zur Sicherung einer einzigen Forderung dienende Hypothek, die nur die Besonderheit hat, daß die Belastung sich auf mehrere Grundstücke erstreckt (RJA. 2, 94; 3, 208). Der Uebertragung des Hypothekenrechts nur hinsichtlich eines der belasteten Grundstücke steht auch die Vorschrift des § 1153 Abs. 2 BGB. entgegen, wonach die Forderung nicht ohne die Hypothek, die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann; denn würde die gesicherte Forderung nur mit dem Hypothekenrechte hinsichtlich eines Grundstücks übertragen, so würde sich bezüglich des Hypothekenrechts an dem anderen Grundstück ergeben, daß die diesem zugrundeliegende Forderung ohne das Hypothekenrecht übertragen wäre.

Digitized by Google

Demnach ist die Uebertragung der Hypothekenforderung nur mit dem Hypothekenrecht an einem der mehreren mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke nichtig.

Das gleiche hat aber auch für die Verpfändung zu gelten, da die Bestellung eines Pfandrechts an einem Rechte gemäß § 1274 BGB. nach den für die Uebertragung des Rechtes geltenden Vorschriften erfolgt, sowie für die Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 830 ZPO., durch welche der pfändende Gläubiger gemäß § 804 ZPO. ein Pfandrecht erlangt. Allerdings bleibt der Pfandschuldner auch nach der Verpfändung bezw. der Pfändung Inhaber der Hypothekenforderung, so daß ein Gläubigerwechsel nicht eintritt; aber der Schuldner wird doch gemäß §§ 1281ff. BGB. durch das Pfandrecht in der Verfügung, insbesondere durch Einziehung, beschränkt. Insofern würde also im Falle einer Pfändung, die sich wie vorliegend nur auf das Hypothekenrecht an einem der mehreren belasteten Grundstücke erstrecken würde, eine Aenderung des Gläubigerrechts ebenfalls eintreten. Einer solchen Aenderung nur bezüglich eines einzelnen Hypothekenrechts aber widerstreitet auch hier das Wesen der Gesamthypothek. Es würden sich auch aus dieser Verschiedenheit der Gläubigerrechte unannehmbare Folgerungen ergeben. Beispielsweise könnte, wenn die Eigentümer der mehreren belasteten Grundstücke, wie im gegebenen Falle, nicht identisch wären der Eigentümer des anderen Grundstücks, da gegen ihn die Pfändung nicht wirken würde, die Hypothekenforderung an den Gläubiger entrichten und es würde dann die Hypothek auf dem Grundstück, auf welches sich die Pfändung bezöge, gemäß § 1173 Abs. 1 BGB. erlöschen oder der zahlende Eigentümer würde, wenn er gegen den Eigentümer dieses Grundstücks einen Ersatzanspruch hätte, etwa auf Grund der Uebernahme der Hypothek, die anscheinend im gegebenen Falle erfolgt ist, in Höhe des Ersatzanspruchs die Hypothek auch an dem Grundstücke dieses Eigentümers erlangen, gemäß § 1173 Abs. 2 BGB., die aber mit dem Pfandrechte des pfändenden Gläubigers belastet wäre. Es ist daher ebenso wie die Uebertragung auch die Pfändung (vergl. § 851 ZPO.) einer durch Gesamthypothek gesicherten Forderung nur mit dem Hypothekenrecht an einem der belasteten Grundstück für unzulässig zu erachten. Die Uebertragung und Belastung einer Gesamthypothek kann nur einheitlich hinsichtlich aller belasteten Grundstücke erfolgen und sie werden daher auch, wenn sie wie vorliegend bei einer Buchhypothek der Eintragung bedürfen, erst mit der Eintragung auf sämtlichen belasteten Grundstücken wirksam.

Zu bemerken ist, daß im Falle der Pfändung der gesicherten Forderung gemäß dem Grundsatze des § 1153 BGB. die Pfändung auch die Hypothek, also auch die einheitliche Gesamthypothek im ganzen, ohne weiteres ergreift, so daß eine besondere Pfändung des Anspruchs aus der Hypothek auch dann weder erforderlich noch zulässig ist, wenn der persönliche Schuldner und der Eigentümer bezw. bei der Gesamthypothek einer der Eigentümer, wie vorliegend nach der Angabe des Beschwerdeführers, verschiedene Personen sind (Gaupp-Stein Anm. II zu § 830 ZPO.), sowie daß zur Entstehung des Pfandrechts die Zustellung an den Drittschuldner nicht erforderlich ist, sondern, wenn es sich wie vorliegend um eine Buchhypothek handelt, gemäß § 830 Abs. 3 ZPO. durch die Eintragung der Pfändung auf Grund des Pfändungsbeschlusses die Pfändung wirksam wird (Gaupp-Stein Anm. II 1, 3 zu § 830 ZPO.). Es genügt demnach, wenn in dem Pfändungsbeschlusse die gepfändete Forderung

Digitized by Google

als Hypothekenforderung bezeichnet und die Stelle des Grundbuchs so genau angegeben ist, daß für den Grundbuchrichter nicht ein Zweifel hinsichtlich der Identität der gepfändeten und der eingetragenen Hypothekenforderung bestehen kann. Daher hätte der Beschwerdeführer, um die Eintragung der Pfändung auch auf dem Grundstück E. Bd. I Bl. Nr. 13, also bei der ganzen Gesamthypothek herbeizuführen und mithin die Pfändung wirksam zu machen, nur einer Ergänzung des Pfändungsbeschlusses hinsichtlich der Bezeichnung des mithaftenden Grundstücks E. Nr. 13 bedurft. Da aber der Beschwerdeführer fortdauernd unzulässigerweise verlangt hat, es solle die Pfändung lediglich auf das Grundstück E. Bd. III Bl. Nr. 71 eingetragen werden, so war die weitere Beschwerde zurückzuweisen.

Führung des Nachweises gegenüber dem Grundbuchamte, daß die von einem Testamentsvollstrecker erteilte Bewilligung einer Eintragung keine unentgeltliche Verfügung enthält.

§ 2205 BGB., § 29 GBO.

Kammergericht Berlin, 8. November 1906. — Bd. 8 S. 143.

Im Grundbuche von A. Bd. I Bl. Nr. 10 sind in Abteilung III unter Nr. 2, 3, 4 Hypotheken für die Witwe E. geb. H. eingetragen. Die Gläubigerin ist am 23. Januar 1906 in ihrem Wohnsitze F. gestorben. Sie hat den Brauereibesitzer H. und Sofie H. zu ihren Testamentsvollstreckern ernannt. Die Vollstrecker haben in der notariell beglaubigten Urkunde vom 12. Juni 1906 drei im Grundbuche von A. Bd. I Bl. 10 eingetragene Parzellen aus der Haftung für die bezeichneten Hypotheken entlassen und ihre pfandfreie Abschreibung bewilligt und beantragt. Das Amtsgericht in L. hat den Antrag abgewiesen, weil die Testamentsvollstrecker zu der eine unentgeltliche Verfügung enthaltenden Pfandentlassung nicht berechtigt seien, dies Hindernis auch nicht beseitigt werden könne und deshalb für eine Fristbestimmung gemäß § 18 GBO. kein Raum sei. Der Notar hat Beschwerde eingelegt und zu ihrer Begründung angeführt: die Pfandentlassung sei keine Verfügung über die Hypotheken; die Testamentsvollstrecker seien nach außen hin zur Verfügung allgemein berechtigt und nur den Erben gegenüber dafür verantwortlich, daß sie den Nachlaß ordnungsmäßig verwalteten; die Hypotheken seien auch nach der Pfandentlassung noch mündelsicher. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen, indem es ausführt: Die Bewilligung der pfandfreien Abschreibung sei eine Verfügung über die Hypotheken; ein Anhalt für ihre Entgeltlichkeit sei aus der Erklärung nicht zu entnehmen; es sei deshalb anzunehmen, daß sie unentgeltlich sei; zu unentgeltlichen Verfügungen über Nachlaßgegenstände seien die Testamentsvollstrecker nach § 2205 BGB. nicht berechtigt, soweit nicht diese Verfügungen einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprächen, wofür hier kein Anhaltspunkt gegeben sei; der Gesichtspunkt der ordnungsmäßigen Verwaltung beziehe sich nach § 2205 BGB. nur auf die Berechtigung der Testamentsvollstrecker, Verbindlichkeiten einzugehen; die Sicherheit der Hypotheken sei für die rechtliche Beurteilung unerheblich. Der Notar hat weitere Beschwerde eingelegt. Er hat darin erklärt, daß die Beschwerde in der Hauptsache erledigt sei, weil die Pfandentlassung inzwischen von der Erbin erklärt und eingetragen sei. Er beantragt deshalb

Digitized by Google

nur noch, die Gerichtskosten niederzuschlagen, und begründet dies damit, daß die Eintragungsbewilligung die Unentgeltlichkeit der Pfandentlassung nicht erkennen lasse, daß nicht jede Pfandentlassung, für welche kein Geld bezahlt werde, unentgeltlich sei, daß sie vielmehr im Zweifel eine Entschädigung für die Unterlassung der Kündigung, für das Stehenlassen der Hypothek unter den bisherigen Bedingungen sei.

Das Kammergericht hat die Vorentscheidungen, insoweit sie den Beschwerdeführern Kosten auferlegen, aufgehoben aus folgenden Gründen:

Die weitere sachliche Beschwerde ist, wenngleich sie nur wegen der Kosten eingelegt ist, nach § 71 GBO. mit der Begründung, daß die angefochtene Entscheidung in der Hauptsache unrichtig sei, zulässig (zu vergl. RJA. 2, 142).

Die Entscheidungen der Vorinstanzen beruhen auf der Erwägung, daß die bewilligte Pfandentlassung eine unentgeltliche Verfügung sei und daß die Testamentsvollstrecker zu solchen unentgeltlichen Verfügungen nicht berechtigt seien.

Der Angriff der ersten Beschwerde, daß die Bewilligung der Entlassung einzelner Parzellen aus der Haftung keine Verfügung über die Hypotheken enthalte, ist unzutreffend. Unter Verfügung ist jedes Rechtsgeschäft zu verstehen, durch welches unmittelbar ein Recht übertragen, aufgehoben, geändert oder belastet wird. Die Bewilligung geht hier auf Aufhebung der Hypotheken an den pfandfrei abzuschreibenden Parzellen in der Form des § 47 Abs. 2 GBO. Sie ist also auf teilweise Aufhebung der Hypotheken gerichtet und enthält insofern eine Verfügung darüber. Der fernere Angriff der ersten Beschwerde, daß die dem Testamentsvollstrecker nach § 2205 BGB. zustehende Verfügungsbefugnis durch die ihm nach § 2216 BGB. obliegende Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung nicht nach außen hin eingeschränkt werde, geht ebenfalls fehl. Das Amtsgericht hat dies nicht verkannt und sich nur darauf gestützt, daß der § 2205 BGB. selbst eine Einschränkung der Verfügungsbefugnis insofern enthalte, als er bestimmt, daß der Testamentsvollstrecker zu unentgeltlichen Verfügungen nur berechtigt ist, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Die schließliche Ausführung der ersten Beschwerde, daß die Sicherheit der Hypotheken auch nach der Entlassung der Parzellen noch den für die Anlegung von Mündelgeldern gegebenen Vorschriften entspreche, ist für die Entscheidung einflußlos. Denn, wie das Landgericht zutreffend ausführt, ist die Verfügungsbefugnis der Testamentsvollstrecker im § 2205 BGB. ohne Rücksicht auf solche Erwägungen, die nur für die Frage ordnungsmäßiger Verwaltung in Betracht kommen, geregelt worden.

Dagegen ist der weiteren Beschwerde darin beizupflichten, daß die Annahme der Vorinstanzen, die Bewilligung der Pfandentlassung sei unentgeltlich, der genügenden Unterlage entbehrt und auf einer Verkennung des Begriffs der Unentgeltlichkeit zu beruhen scheint. Unentgeltlich ist ein Rechtsgeschäft, das ohne eine nach der Absicht der Beteiligten gleichwertige Gegenleistung vorgenommen wird (zu vergl. RG. 10, 86; 30, 36; 51, 415; 62, 44). Es ist nicht erforderlich, daß die Gegenleistung besonders festgesetzt wird. Sie kann auch aus den Umständen hervorgehen. Es ist nicht erforderlich, daß sie in einer positiven Leistung besteht; sie kann auch in dem Unterlassen der Ausübung eines Rechtes zum Ausdrucke kommen. Wenn ein Hypothekengläubiger einzelne Parzellen, deren pfandfreie Veräußerung der Eigentümer beabsichtigt,

Digitized by Google

aus der Pfandhaft entläßt, so wird dies vielfach deshalb geschehen, um zu vermeiden, daß der Eigentümer zwecks Erreichung seiner Absicht die Hypotheken kündigt. Das Unterbleiben solcher Kündigung ist dann die Gegenleistung der Pfandentlassung, so daß diese sich als entgeltliches Rechtsgeschäft darstellt. Daß diese Voraussetzungen hier nicht vorliegen, daß also etwa der Eigentümer auch bei Nichtbewilligung der Pfandentlassung von seinem Kündigungsrechte keinen Gebrauch machen will, daß auch sonst keine Gegenleistung gewährt ist oder gewährt werden soll, ist aus den vorgelegten Urkunden nirgends ersichtlich. Die positive Feststellung der Vorinstanzen, daß die Bewilligung unentgeltlich sei, ist deshalb rechtlich unhaltbar.

Dieser Mangel kann indessen zu einer Aufhebung der angefochtenen Kostenentscheidungen nicht führen. Denn in der bezeichneten positiven Feststellung ist der beschränktere Satz enthalten, daß der Nachweis, die Bewilligung sei nicht unentgeltlich, nicht geführt sei. Dieser Satz ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Bewilligung enthält überhaupt nichts, woraus auf ihre Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit geschlossen werden könnte. Sie ist deshalb zur Führung jenes Nachweises nicht geeignet. Eine gesetzliche Vermutung für die Entgeltlichkeit besteht nicht. Die allgemeine Betrachtung, daß im geschäftlichen Leben nicht leicht etwas unentgeltlich zu geschehen pflege, kann den Nachweis nicht ersetzen. Der Mangel des Nachweises, daß die Verfügung nicht unentgeltlich ist, würde den angefochtenen Beschluß rechtfertigen, es sei denn, daß der Testamentsvollstrecker nach § 2205 zu unentgeltlichen Verfügungen, welche nicht einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen, berechtigt ist, in welchem Falle der Mangel jenes Nachweises dem Antrag überhaupt nicht entgegenstehen würde, oder daß der Mangel des Nachweises gehoben werden kann, in welchem Falle die Vorinstanzen nach § 18 GBO. eine Frist zur Hebung des Hindernisses hätten stellen müssen, statt den Antrag mit der dann rechtsirrigen Begründung, daß das Hindernis nicht zu beseitigen sei, kostenpflichtig abzuweisen.

Die Frage, ob der Testamentsvollstrecker zu unentgeltlichen Verfügungen allgemein berechtigt ist, ist dahin zu präzisieren, daß zu entscheiden ist, ob er die Macht hat, unentgeltliche Verfügungen über Nachlaßgegenstände mit dinglicher Wirkung zu treffen. Denn nur diese Verfügungsmacht ist vom Grundbuchrichter nachzuprüfen. Eine etwaige obligatorische Verpflichtung des Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben oder sonstigen dritten Personen, solche Verfügungen zu unterlassen, ist für den Grundbuchverkehr ohne Bedeutung. Wenn also das Gesetz die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers allgemein so gestellt hätte, wie es beispielweise die Macht des Ehemanns zur Verfügung über eingebrachte verbrauchbare Sachen der Ehefrau in den §§ 1376, 1377 BGB. gestellt hat, so würde sie auch für unentgeltliche Verfügungen durch den Grundbuchrichter nicht beanstandet werden können.

Verfügung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist jedes Rechtsgeschäft, das unmittelbar ein Recht überträgt, ändert, belastet oder aufhebt. Das Wesen dieser Rechtsgeschäfte ist in sich unabhängig davon, ob die Verfügung entgeltlich oder unentgeltlich ist. Der in den Gesetzen (z. B. §§ 816, 2113 Abs. 2, 2205 BGB., § 32 KO.) vielfach gebrauchte Ausdruck „unentgeltliche Verfügung" gewinnt seine Bedeutung also nicht aus der Eigenart der Verfügung selbst, sondern aus der Eigenart des der Verfügung zugrunde

Digitized by Google

liegenden Kausalgeschäfts. Je nachdem dieses entgeltlich oder unentgeltlich ist, wird auch die Verfügung so bezeichnet. Regelmäßig ist der Grundbuchrichter zur Prüfung des Kausalgeschäfts weder berechtigt noch verpflichtet (zu vergl. RJA. 7, 55). Ausnahmsweise liegt ihm aber auch diese Prüfung ob, wenn die von ihm zu prüfende Verfügungsmacht von dem Inhalte des Kausalgeschäfts abhängt. Denn insoweit gilt das Legalitätsprinzip, wie nach der Preußischen Grundbuchordnung, so auch nach der Reichs-Grundbuchordnung. So wird der Grundbuchrichter, wenn eine Eintragung durch einen Vereinsvorstand bewilligt ist, dessen Vertretungsmacht gemäß § 26 Abs. 2 BGB. durch die Satzung auf solche Verfügungen beschränkt ist, denen gewisse Kausalgeschäfte zugrunde liegen, zu prüfen haben, ob eines dieser Kausalgeschäfte zugrunde liegt. Ebenso wird er bei Eintragungsbewilligungen eines Bevollmächtigten, dessen Vollmacht nicht auf Verfügungen in abstracto, sondern auf Verfügungen mit bestimmter causa geht, zwecks Feststellung der Verfügungsmacht auf die Frage eingehen müssen, ob solche causa vorliegt, von deren Vorhandensein die Verfügungsmacht abhängt.

Hiernach stellt sich die erste zu beantwortende Frage dahin, ob § 2205 BGB. die Macht des Testamentsvollstreckers zur Vornahme von Verfügungen in Ansehung unentgeltlicher Verfügungen unbeschränkt läßt und nur seine Berechtigung dazu in dem Sinne einschränkt, daß er sich durch ihre Vornahme Dritten gegenüber ersatzpflichtig macht, oder ob er diese Macht selbst für den Fall einer unentgeltlichen causa ausschließt.

Der dritte Satz des § 2205 „Zu unentgeltlichen Verfügungen ist er (der Testamentsvollstrecker) nur berechtigt, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen", scheint an und für sich beide Auslegungen zuzulassen. Die Beschränkung der Berechtigung hat sowohl in dem einen wie in dem anderen Falle ihre Bedeutung. Der Zusammenhang, in dem der Satz steht, nötigt aber dazu, ihn dahin zu verstehen, daß er die Verfügungsmacht selbst von der causa abhängig macht. Denn der unmittelbar vorhergehende Satz lautet: „Er ist insbesondere berechtigt, den Nachlaß in Besitz zu nehmen und über die Nachlaßgegenstände zu verfügen." Es hieße, diesen Worten Zwang antun, wenn man sie dahin auslegen wollte, daß der Testamentsvollstrecker nur berechtigt wäre, die Zustimmung des Erben zu einer Verfügung zu fordern. Sie können nicht wohl etwas anderes bedeuten, als daß der Testamentsvollstrecker die Macht hat, über Nachlaßgegenstände zu verfügen (zu vergl. KGJ. 27 A, 192). Dann aber können auch die im dritten Satze wiederholten Worte „er ist nur berechtigt, wenn" nichts anderes bedeuten, als daß er zu unentgeltlichen Verfügungen nur unter der bezeichneten Bedingung die Macht hat. Dasselbe ergibt sich aus § 2207 Abs. 2 BGB., wo bestimmt ist, daß der Testamentsvollstrecker auch dann, wenn der Erblasser angeordnet hat, daß er in der Eingehung von Verbindlichkeiten nicht beschränkt sein soll, zu einem Schenkungsversprechen nur nach Maßgabe des § 2205 Satz 3 berechtigt ist. Dies kann nicht dahin verstanden werden, daß er in solchem Falle zwar die Macht habe, wirksame Schenkungsversprechen abzugeben, dem Erben gegenüber aber verpflichtet sei, sie zu unterlassen. Es kann nur bedeuten, daß die von ihm abgegebenen Schenkungsversprechen, von Pflicht- und Anstandsschenkungen abgesehen, den Erben nicht verpflichten. Mit diesem Ergebnisse stimmt auch die Entstehungs-

Digitized by Google

geschichte des § 2205 BGB. überein. Der Entw. I (§ 1900) ging sogar so weit, dem Testamentsvollstrecker außer in den Fällen der §§ 1897 bis 1899 eine Verfügungsmacht nur insoweit einzuräumen, als die Verfügung zur ordnungsmäßigen Verwaltung oder zur Beschaffung der Mittel zur Erfüllung einer Nachlaßschuld erforderlich war. Diese Bedeutung des allerdings auch nur von der Verfügungsberechtigung sprechenden § 1900 ist in den Motiven (5, 229) ausdrücklich klargelegt durch die Bemerkung: „Durch die Vorschrift soll nicht dem Vollstrecker die dingliche Verfügungsmacht über alle Nachlaßgegenstände ohne jede Beschränkung beigelegt werden; er erhält vielmehr eine solche Befugnis nur für den Fall der Leistung auf Grund des angegebenen obligatorischen Grundes (causa)". Die zweite Kommission beschloß, diesen Standpunkt mit Rücksicht auf das Verkehrsbedürfnis aufzugeben und dem Testamentsvollstrecker eine von der causa unabhängige Verfügungsmacht zu geben. Demgemäß erhielt der Satz 2 § 2205 BGB. seine jetzige Fassung (zu vergl. Protokolle 5, 281, 527). Nur hinsichtlich der unentgeltlichen Verfügungen wurde der Standpunkt des ersten Entwurfs durch den Satz 3 aufrecht erhalten, weil die Kommission der Ansicht war: „es entspreche keineswegs der Absicht des Testators, daß es rein von dem Belieben des berufenen Testamentsvollstreckers abhängen solle, ob der Erbe überhaupt etwas aus dem Nachlaß erhalte; der Vollstrecker müsse also zum mindesten den Beschränkungen unterworfen sein, welchen der Vorerbe selbst dann unterliege, wenn der Nacherbe nur auf den Ueberrest eingesetzt sei" (zu vergl. Protokolle 5, 280, 528). Der hier gezogene Vergleich mit der Verfügungsmacht des Vorerben bestätigt die Auffassung, daß die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers in Ansehung unentgeltlicher Verfügungen dinglich beschränkt ist. Denn die unentgeltlichen Verfügungen des Vorerben werden mit der gleichen Ausnahme der Pflicht- und Anstandsschenkungen nach § 2113 Abs. 2 BGB. unwirksam, soweit sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden und soweit nicht die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, die Wirksamkeit herbeiführen. Mit dieser Auffassung des § 2205 Satz 3 BGB. stimmt sowohl die Judikatur wie der überwiegende Teil der Literatur überein.

Danach kommt es auf die Entscheidung der zweiten Frage an, ob dem Grundbuchrichter für die von einem Testamentsvollstrecker bewilligte Eintragung der Nachweis geführt werden kann, daß die Verfügung nicht unentgeltlich sei. Zu betonen ist dabei, daß die Frage nicht dahin gestellt werden darf, ob der Nachweis der Entgeltlichkeit erbracht werden kann, sondern dahin, ob der Beweis der Nicht-Unentgeltlichkeit zu führen ist. Denn der § 2205 BGB. schreibt nicht vor, daß der Testamentsvollstrecker nur zu entgeltlichen Verfügungen berechtigt sei, sondern er verleiht ihm im Satze 2 die volle Verfügungsmacht und schränkt diese in Satz 3 für unentgeltliche Verfügungen ein. Die Frage des Nachweises der Nicht-Unentgeltlichkeit einer Verfügung ist in der Rechtsprechung anläßlich der Anwendung des § 2113 Abs. 2 BGB. erörtert. Das Kammergericht hat zunächst (KGJ. 25 A, 281) die Ansicht vertreten, daß der Grundbuchrichter gegenüber einer abstrakten Löschungsbewilligung des Vorerben den Nachweis, daß sie infolge Tilgung der Forderung geschehen sei, oder die Zustimmung der Nacherben zu fordern befugt sei, daß er aber gegenüber einer die Quittung enthaltenden Löschungsbewilligung nur dann den Nachweis

Digitized by Google

der Richtigkeit der Angabe oder statt dessen die Zustimmung der Nacherben verlangen könne, wenn der konkrete Sachverhalt ihm Anlaß zu der Vermutung gibt, daß die Verfügung entgegen der Erklärung unentgeltlich sei. In einer späteren Entscheidung (RJA. 6, 69) hat dagegen das Kammergericht ausgesprochen, daß der Grundbuchrichter das Gesetz in keinem Falle verletze, wenn er zur Löschung einer Nachlaßhypothek die Quittung und Löschungsbewilligung auch des befreiten Vorerben für nicht genügend erkläre und gemäß § 19 der Grundbuchordnung die Zustimmung des Nacherben erfordere, weil die Möglichkeit bestehe, daß die Quittung unentgeltlich erteilt sei. Das Reichsgericht 61, 228 hat in einem Falle, in welchem ein befreiter Vorerbe Nachlaßhypotheken abgetreten hatte, den letzteren Standpunkt gebilligt und ausgesprochen: es sei nicht zulässig, auf Grund einer Verfügung des befreiten Vorerben ohne Rücksicht auf das Recht des Nacherben eine Rechtsänderung in das Grundbuch einzutragen; vielmehr bedürfe es, sofern der Nacherbe in die Verfügung nicht einwillige, dazu der vorherigen Eintragung des Vorerben und des Rechtes des Nacherben. Dabei ist ausgeführt, daß sich mit den im Grundbuchverkehre zulässigen Beweismitteln, von einer beglaubigten Erklärung abgesehen, nicht mit Sicherheit feststellen lasse, ob eine Verfügung entgeltlich oder unentgeltlich sei; auch wenn sie sich äußerlich als entgeltlich darstelle, sei nicht ausgeschlossen, daß dadurch eine in Wahrheit unentgeltliche Verfügung verdeckt werde; Offenkundigkeit, daß in dem gerade vorliegenden Falle eine unentgeltliche Verfügung nicht in Frage stehe, werde für den Grundbuchrichter kaum bestehen können. Bei der Bekämpfung dieser Entscheidungen ist in der Literatur die Ansicht vertreten, daß die aufgestellten Grundsätze, sofern sie richtig seien, auch für die Verfügungen des Testamentsvollstreckers und den Nachweis ihrer Nicht-Unentgeltlichkeit gelten müßten. Dem kann nicht beigestimmt werden. Die über das Verfügungsrecht des Vorerben ergangenen Entscheidungen beruhen im wesentlichen auf Eigentümlichkeiten dieses Rechtsinstituts, namentlich darauf, daß nach § 52 GBO. bei der Eintragung eines Vorerben das Recht des Nacherben von Amts wegen einzutragen ist, daß nach § 2113 Abs. 3 BGB. die Rechte zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auf die Erwerber eines Rechtes durch Verfügungen des Vorerben Anwendung finden, daß nach § 2113 BGB. die Verfügungsmacht der Vorerben nur insoweit beschränkt ist, als seine Verfügungen das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden, und daß deshalb die Zustimmung des Nacherben nach § 185 BGB. auch die unentgeltliche Verfügung des Vorerben wirksam macht. Mit Rücksicht hierauf ist als Regel aufgestellt, daß auf Bewilligung des Vorerben eine Rechtsänderung nur eingetragen werden kann, wenn die Rechte der Nacherben eingetragen sind oder ihre Zustimmung beigebracht ist. Die Erbringung des Nachweises, daß die Verfügung nicht unentgeltlich sei, ist dagegen als Ausnahme betrachtet und es sind deshalb an sie die strengen, dem § 29 GBO. entsprechenden, regelmäßig nicht erfüllbaren Anforderungen gestellt. Eine allgemeine Entscheidung der Frage, ob auch bei anderen Rechtsverhältnissen der Grundbuchrichter den Nachweis, daß eine Verfügung nicht unentgeltlich sei, in der gleichen Strenge fordern dürfe, hat damit nicht gegeben werden sollen. Die Nachweispflicht des Testamentsvollstreckers ist deshalb unabhängig von jener Judikatur zu prüfen.

Der § 29 GBO. bestimmt, daß eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn die zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen vor dem Grundbuch-

Digitized by Google

amte zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden, und daß andere Voraussetzungen der Eintragung, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, des Nachweises durch öffentliche Urkunden bedürfen. Dem Wortlaute nach scheint hiernach ein Grundsatz für sämtliche Voraussetzungen einer Eintragung aufgestellt zu sein. Es scheint auch, daß dies die Auffassung der Verfasser der Begründung des ersten Entwurfs der Grundbuchordnung und der amtlichen Denkschrift gewesen ist (zu vergl. GruchotsBeitr. 50, 80). Die Konsequenzen dieser Annahme wären, daß auf Grund der Bewilligung eines Testamentsvollstreckers eine Eintragung nur erfolgen könnte, wenn die Tatsache, daß sie nicht unentgeltlich erfolgt, in der Form des § 29 GBO. nachgewiesen wäre. Die Erbringung solchen Nachweises ist aber unmöglich. Ein direkter Beweis durch Urkunden ist überhaupt nicht denkbar. Nur die Beibringung von Erklärungen des Testamentsvollstreckers, seines Gegenkontrahenten, des Erben oder sonstigen Personen wäre möglich. Urkunden über diese Erklärungen würden aber (nach § 416 ZPO.) nur beweisen, daß die Erklärungen abgegeben sind, nicht, daß ihr Inhalt richtig ist (zu vergl. RJA. 6, 69; RG. 61, 228). Die Beibringung einer der Bewilligung des Testamentsvollstreckers zustimmenden Erklärung des Erben würde keine Abhilfe schaffen. Die unentgeltliche Bewilligung eines Vorerben wird zwar gemäß § 185 Abs. 1 BGB. durch die Zustimmung des Nacherben wirksam, weil sie nach § 2113 BGB. nur im Falle des Eintritts der Nacherbfolge und nur insoweit unwirksam ist, als sie das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt. Das Verhältnis der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers zu dem Rechte des Erben ist aber vom Gesetze nicht in dieser Weise gestaltet, sondern der § 2205 BGB. verleiht dem Testamentsvollstrecker die Verfügungsmacht mit der dargelegten Beschränkung hinsichtlich unentgeltlicher Verfügungen und der § 2211 BGB. bestimmt, daß der Erbe über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstand nicht verfügen kann. Die Verfügungsmacht Beider schließt sich also hinsichtlich der der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstände zeitlich aus. Solange der Testamentsvollstrecker die Macht besitzt, kann der Erbe nicht verfügen. Sobald der Erbe sie durch Beendigung der Vollstreckung oder gemäß § 2217 BGB. durch Ueberlassung des Gegenstandes an ihn zur freien Verfügung erlangt, hat sie der Testamentsvollstrecker nicht mehr. Deshalb kann auch nach § 2212 BGB. ein der Verwaltung des Vollstreckers unterliegendes Recht nur von ihm gerichtlich geltend gemacht werden und aus demselben Grunde ist nach § 748 Abs. 1 ZPO. zur Zwangsvollstreckung in einen der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaß ein gegen den Vollstrecker ergangenes Urteil erforderlich und genügend. Daß letzterer Satz nach § 748 Abs. 2, 3 ZPO. Ausnahmen erleidet, wenn dem Vollstrecker nur die Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände zusteht oder die Vollstreckung eines Pflichtteilsanspruchs in Frage steht, beruht auf den besonderen Bestimmungen im § 2213 Abs. 1 Satz 2, 3 BGB. und ändert an dem grundsätzlichen Verhältnisse der beiderseitigen Verfügungsmacht nichts. Ein Zusammenwirken des Erben und des Testamentsvollstreckers bei der Verfügung über einen Nachlaßgegenstand ist hiernach ausgeschlossen. Der Erbe kann deshalb die dem Vollstrecker fehlende Macht zu unentgeltlichen Verfügungen

Digitized by Google

nicht gemäß § 185 Abs. 1 BGB. durch seine Zustimmung ergänzen. Seine Zustimmung ist vielmehr ebenso unwirksam, wie es seine Verfügung selbst sein würde, die allerdings nach § 185 Abs. 2 BGB. wirksam werden kann, wenn der Gegenstand von der Verwaltung des Testamentsvollstreckers frei wird und wenn damit der Erbe die Verfügungsmacht erwirbt, die bis dahin aber keine Wirkungen äußert (zu vergl. Eccius in GruchotsBeitr. 50, 488). Der Testamentsvollstrecker ist demgemäß auch nicht in der Lage, den Erben zur Abgabe einer zustimmenden Erklärung zu zwingen, während dem Vorerben dieses Recht nach § 2120 BGB. gegenüber dem Nacherben zusteht, so daß auch aus diesem Grunde eine Verweisung des Testamentsvollstreckers auf die Beibringung der Zustimmung des Erben ihm keinen Ersatz für die Unmöglichkeit schafft, die Nicht-Unentgeltlichkeit im Grundbuchverkehre nachzuweisen. Ueberdies ist das Amt des Testamentsvollstreckers nicht im Interesse des Erben allein geschaffen. Er hat nach § 2203 BGB. die letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszuführen und nach §§ 2204, 2046 BGB. die Befriedigung der Nachlaßgläubiger, insbesondere der Vermächtnisnehmer, herbeizuführen. Es ist deshalb anzunehmen, daß die Beschränkung seiner Verfügungsmacht durch § 2205 Satz 3 BGB. auch im Interesse der Nachlaßgläubiger vom Gesetz angeordnet ist. Darum müßte, wenngleich diese durch eine Verfügung über Nachlaßgegenstände nicht im Sinne des § 19 GBO. betroffen worden, zu unentgeltlichen Verfügungen des Testamentsvollstreckers, wenn sie nicht ohnehin nach § 2205 BGB. unwirksam wären, auch die Zustimmung der bekannten Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer sowie der Nachweis, daß weitere Nachlaßgläubiger nicht vorhanden sind, beigebracht werden, welcher letztere Nachweis wieder in den Formen des § 29 GBO. unmöglich ist. Schließlich kann auch die Abhängigmachung der vom Testamentsvollstrecker bewilligten Eintragung von der vorherigen Eintragung der Rechte des Erben keine Abhilfe schaffen. Denn diejenigen, welche auf Grund einer unentgeltlichen Verfügung des Testamentsvollstreckers Buchrechte erlangt haben, müssen dem Rechte des Erben ohnehin weichen, da zu ihren Gunsten weder § 892 noch § 2368 Abs. 3 in Verbindung mit § 2366 BGB. Anwendung findet. Diejenigen aber, welche von solchen Buchberechtigten Rechte herleiten, genießen den Schutz des § 892 BGB., mag der Erbe eingetragen gewesen sein oder nicht. Das Ergebnis der Anwendung des § 29 GBO. wäre also, daß auf Grund der Verfügung eines Testamentsvollstreckers eine Eintragung im Grundbuche nicht erfolgen könnte.

Dies ist augenscheinlich nicht der Standpunkt des Gesetzes. Der § 2205 Satz 2 BGB. will gerade im Gegensatze zum ersten Entwurfe den Testamentsvollstrecker im allgemeinen und, von der Ausnahme des Satz 3 abgesehen, unbeschränkt zu Verfügungen über Nachlaßgegenstände ermächtigen. Diese Verfügungsmacht ist auch für die Erfüllung der dem Testamentsvollstrecker nach §§ 2203, 2204, 2208, 2209 BGB. obliegenden Pflichten unentbehrlich. Der § 36 Abs. 2 GBO. bestimmt sogar ausdrücklich für den Grundbuchverkehr, auf Grund welcher Unterlagen die Befugnis eines Testamentsvollstreckers zur Verfügung über einen Nachlaßgegenstand als nachgewiesen anzunehmen sei, und wenn dabei auch nur von der Verfügungsbefugnis in den durch § 2205 BGB. gezogenen Grenzen die Rede ist, so ergibt sich doch, daß das Gesetz das Zeugnis des § 2368 oder die in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen

Digitized by Google

Verfügung von Todes wegen nebst dem Eröffnungsprotokolle nicht unter allen Umständen als ungenügenden Nachweis ansieht. Ebenso setzt die Bestimmung im § 41 Abs. 2 GBO. voraus, daß die Wirksamkeit der Bewilligung des Testamentsvollstreckers gegen den Erben sich dem Nachweis im Grundbuchverkehre nicht entzieht. Deshalb kann § 29 GBO. auf den Nachweis, daß eine Eintragungsbewilligung des Testamentsvollstreckers nicht unentgeltlich sei, wie überhaupt auf den Nachweis solcher für die Eintragung unerläßlicher Voraussetzungen, die ihrer Natur nach durch die im § 29 bezeichneten Mittel nicht nachweisbar sind, keine Anwendung finden, während er auch für unbeweisliche Voraussetzungen anwendbar bleibt, sofern die Eintragung ohne den Nachweis möglich ist, wie dies für die Eintragungen auf Grund der Bewilligung eines Vorerben bei Zustimmung des Nacherben oder vorheriger Eintragung seines Rechtes der Fall ist.

Es bleibt dann mangels anderer gesetzlicher Bestimmungen über den Nachweis der hier in Frage stehenden Tatsache nur übrig, auf den aus den Verkehrsbedürfnissen und der Natur der Sache abzuleitenden Grundsatz zurückzugehen, wie er unter der Herrschaft der Preußischen Grundbuchordnung im Anschluß an ihre Bestimmung im § 46 „der Grundbuchrichter ist verpflichtet, die Rechtsgültigkeit der vollzogenen Auflassung, Eintragungs- oder Löschungsbewilligung nach Form und Inhalt zu prüfen" in einem Beschlusse des Kammergerichts vom 21. März 1883 (KGJ. 4, 194) dahin formuliert ist: „Die den Grundbuchbehörden obliegende Prüfung der Rechtsgültigkeit einer Eintragungsbewilligung erfordert die Prüfung der Verfügungsbefugnis der handelnden Personen. Ist diese . . . im allgemeinen durch das Gesetz anerkannt und nur für gewisse Fälle eingeschränkt, so können die Grundbuchbehörden nicht umhin, nach Lage des an sie gebrachten Falles festzustellen, ob die Legitimation der handelnden Personen anzuerkennen sei oder nicht. Sie haben . . . hierbei alle die Nachweise zu würdigen, welche von den Beteiligten beigebracht werden. Es ist nicht als richtig anzuerkennen, daß . . . . nur urkundliche Nachweise im engeren Sinne . . . in Betracht kommen können . . . . Das richterliche Ermessen . . . kann vielmehr, soweit es sich um die Würdigung tatsächlicher Momente handelt, aus der Gesamtheit derselben zuverlässig erscheinende Schlüsse ziehen und diesen Folge geben." Der Grundbuchrichter hat demnach bei der Prüfung, ob die Bewilligung eines Testamentsvollstreckers nicht unentgeltlich ist, auch auf andere Beweismittel als die im § 29 GBO. zugelassenen einzugehen. Er kann sich insbesondere nicht enthalten, die ihm in beglaubigter Form vorgelegten Erklärungen auf ihre inhaltliche Glaubwürdigkeit zu prüfen. Bieten sie zu Zweifeln daran keinen Anlaß, so ist ihm unbenommen, den Inhalt als wahr anzunehmen, sofern ihm sonstige Bedenken nicht erkennbar sind. Bestehen Bedenken, so kann er zwar eigene Ermittelungen nicht veranstalten, wohl aber die Eintragung von der Bewilligung weiterer Indizienbeweise abhängig machen. Immer aber muß er sich gegenwärtig halten, daß die Ueberspannung der Beweisforderungen dem Zwecke der Grundbucheinrichtung, dem Verkehre zu dienen, zuwiderläuft. Daß hierbei einmal ein tatsächlicher Irrtum vorkommen kann, ist nicht ausgeschlossen. Dies liegt aber im Wesen der Sache und der Grundbuchrichter, der innerhalb der Grenzen seines Amtes sorgfältig geprüft hat, braucht deshalb nicht zu besorgen, haftbar gemacht zu werden. Auf

Digitized by Google

ähnlichen Grundsätzen beruhen auch die in ähnlichen Fällen unter dem neuen Rechte ergangenen Entscheidungen in der OLGRspr. 3, 388; 5, 5; 8, 13 und ZBlfFG. 5, 560.

Nach diesen Rechtsgrundsätzen hätten die Vorinstanzen den Antrag nicht kostenpflichtig abweisen, sondern gemäß § 18 GBO. eine Frist zur Führung des Nachweises, daß die Bewilligung nicht unentgeltlich sei, stellen sollen. Daß sie dies nicht getan haben, beruht auf dem Rechtsirrtume, daß eine Hebung des Hindernisses nicht möglich sei. Deshalb unterliegen ihre Entscheidungen im Kostenpunkte der Aufhebung (zu vergl. KGJ. 20 A, 275; 24 A, 83).

Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung einer Hypothek für den Fall, daß sie sich in eine Grundschuld des Eigentümers verwandelt. Verfügung des Eigentümers über die Grundschuld in anderer Art als durch Löschung. Zulässigkeit der Eintragung einer solchen Verfügung ohne die Zustimmung desjenigen, dessen Anspruch auf Löschung durch die Vormerkung gesichert ist.

§§ 883, 1179 BGB.

Kammergericht Berlin, 8. November 1906. — Bd. 8 S. 154.

Im Grundbuche des Grundstücks T. Bd. 27 Bl. Nr. 1075, dessen eingetragener Eigentümer früher der Architekt L. war, jetzt auf Grund Zuschlagsbeschlusses vom 15. November 1905 der Baumeister S. ist, steht in Abteilung III Nr. 4 eine Briefhypothek von 300 000 Mark eingetragen. Von dieser ursprünglich der offenen Handelsgesellschaft M. & W. zustehenden Hypothek sind am 5. Dezember 1904 für die P. B. Aktienbank 275 000 Mark mit dem Range vor dem Reste von 25 000 Mark umgeschrieben. Zugleich ist damals zugunsten der Gläubigerin der Restpost von 25 000 Mark sowie zugunsten des Gläubigers der Hypothek Nr. 5 von 80 000 Mark eine Vormerkung eingetragen, daß die 275 000 Mark zur Löschung zu bringen seien, wenn und soweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigten. Nachdem in der Zwangsversteigerung das Grundstück dem Baumeister S. zugeschlagen war, wurde in der Kaufgelderverteilungsverhandlung vom 13./17. Januar 1906 festgestellt, daß von den 275 000 Mark der Post Abt. III Nr. 4 für die P. B. Aktienbank der Betrag von 20 000 Mark nicht zur Entstehung gelangt war und dem früheren Grundstückseigentümer L. als Eigentümergrundschuld zustand. Die offene Handelsgesellschaft M. & W. verlangte auf Grund der für sie eingetragenen Vormerkung Löschung der 20 000 Mark, damit sie mit ihrer Hypothek von 25 000 Mark unmittelbar hinter den 255 000 Mark der P. B. Aktienbank zu stehen komme. Es wurden die 20 000 Mark, falls und insoweit sie in Wegfall kommen sollten, vom Vollstreckungsrichter als eine Forderung gegen den Ersteher S. den nachstehenden Hypothekengläubigern übertragen. Hiergegen hatte der Kaufmann E. auf Grund des Pfändungs- und Ueberweisungsbeschlusses vom 4. Dezember 1905, durch den in seiner Zwangsvollstreckungssache gegen den früheren Eigentümer L. wegen einer vollstreckbaren Forderung unter anderem die vorgenannte Eigentümergrundschuld des L. für ihn gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen war, Widerspruch erhoben. Unter Einreichung des Pfändungsbeschlusses und einer notariell beglaubigten Urkunde, in der er unter

Digitized by Google

Zustimmung der P. B. Aktienbank den Sachverhalt bezüglich der Eigentümergrundschuld von 20 000 Mark darstellt, hat er gebeten, folgendem in der letztgenannten Urkunde von ihm gestellten Antrage stattzugeben: das Grundbuch dahin zu berichtigen, daß 1) hinsichtlich der genannten 20 000 Mark der Hypothek Abt. III Nr. 4 der Architekt L. Grundschuldgläubiger sei, 2) ihm, dem Kaufmann R., an dieser Grundschuld in Höhe des für ihn gepfändeten Betrags ein Pfandrecht zustehe.

Das Amtsgericht wies den Antrag zurück, weil mit Rücksicht auf die eingetragenen Löschungsvormerkungen zur Eintragung des L. als Grundschuldgläubigers die Bewilligung der Gläubiger der Restpost Abt. III Nr. 4 von 25 000 Mark und der Post Abt. III Nr. 5 von jetzt noch 65 000 Mark erforderlich sei. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wies das Landgericht zurück mit der Begründung: Der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs ersetze die Bewilligung der durch die berichtigende Eintragung in ihrem Rechte Betroffenen nur insoweit, als es sich um solche Betroffene handele, die zur Zeit der Vollziehung des die Unrichtigkeit begründenden Rechtsakts bereits Rechte gehabt hätten, nicht aber die Bewilligung gutgläubiger späterer Erwerber eines Rechtes an dem von der Berichtigung betroffenen Rechte. Zu letzteren gehörten die Gläubiger der Restpost Abt. III Nr. 4 und der Post Abt. III Nr. 5, deren Rechte auf Löschung der Post von 275 000 Mark am 5. Dezember 1904 vorgemerkt seien. In der weiteren Beschwerde hierüber wird geltend gemacht: Die formelle Berichtigung des Grundbuchs nach Maßgabe der Unrichtigkeiten werde durch die Löschungsvormerkung nicht gehindert.

Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen aus folgenden Gründen:

Die Vorinstanzen nehmen den Nachweis als erbracht an, daß die Forderung, für welche der frühere Eigentümer L. die Hypothek Abt. III Nr. 4 zu dem Teilbetrage von 275 000 Mark für die P. B. Aktienbank bestellt hat, in Höhe von 20 000 Mark nicht zur Entstehung gelangt und gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 1, § 1177 Abs. 1 BGB. daher die Hypothek eine dem Eigentümer, jetzt dem L. als früherem Eigentümer, zustehende Grundschuld in Höhe dieses Betrags von 20 000 Mark ist. Ferner erachtet das Landgericht durch den zugunsten des Beschwerdeführers erlassenen Pfändungsbeschluß in Verbindung mit der als nachgewiesen angenommenen Uebergabe des Hypothekenbriefs die Pfändung der (Eigentümer-) Briefgrundschuld gemäß § 830 Abs. 1 Satz 1, § 857 Abs. 6 ZPO. als für den Beschwerdeführer rechtswirksam vollzogen. Ist aber von dieser Grundlage auszugehen, so ist der Antrag auf Eintragung des L. als Inhaber der Grundschuld und zugleich des für den Beschwerdeführer durch die in Rede stehende Pfändung entstandenen Pfandrechts an der Grundschuld für gerechtfertigt zu erachten. Die gemäß § 1179 BGB. zugunsten der Gläubiger des anderen Teiles der Hypothek Abt. III Nr. 4 von 25 000 Mark und der Hypothek Abt. III Nr. 5 von noch 65 000 Mark eingetragene Vormerkung, daß die vorgenannte Hypothek von 275 000 Mark, also auch der fragliche Teilbetrag von 20 000 Mark, zur Löschung zu bringen sei, wenn und soweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinige, steht der beantragten Eintragung nicht entgegen. Diese Vormerkung ist nur aus Zweckmäßigkeitsgründen, insbesondere um jeden

Digitized by Google

Zweifel an ihrer Zulässigkeit zu begegnen, im § 1179 besonders geregelt, ist aber ihrem Wesen nach nichts anderes als eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück im Sinne des § 883 Abs. 1 Satz 1 BGB. (Protokolle 3, 606; RJA. 7, 64). Es finden daher auf sie auch Anwendung die für Vormerkungen allgemein geltenden, vorliegend in Betracht kommenden Vorschriften des § 883 Abs. 2 und des § 888 Abs. 1 BGB., wonach eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das betreffende Recht am Grundstücke getroffen wird, insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch des Berechtigten vereiteln oder beeinträchtigen würde, und dies auch gilt, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, und wonach ferner, soweit der Erwerb eines Rechtes an dem betreffenden eingetragenen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Löschung verlangen kann, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist. Aus diesen Vorschriften ergibt sich einesteils, daß eine Vormerkung auf Löschung einer Hypothek im Falle der Vereinigung mit dem Eigentume der Entstehung, oder, wie vorliegend, dem Bestehen einer Eigentümergrundschuld nicht hindernd entgegensteht, da eine solche Vormerkung nicht gleich ist einer Löschungsbewilligung oder der Löschung selbst (RG. 57, 211), und anderenteils, daß nicht jede Verfügung über die entstandene Eigentümergrundschuld zufolge der Vormerkung unwirksam, sondern der Eigentümer nur zugunsten des Vormerkungsberechtigten in der Verfügung, sei es durch Rechtsgeschäft, sei es im Wege der Zwangsvollstreckung, beschränkt ist, und zwar dergestalt, daß er ohne Zustimmung der Vormerkungsberechtigten über die Eigentümergrundschuld nur durch Löschung wirksam verfügen kann. Das Grundbuch wird beim Mangel einer Zustimmung der Vormerkungsberechtigten nicht durch die Vormerkung auf Löschung der Hypothek gegen andere Verfügungen über die zur Eigentümergrundschuld gewordene Hypothek als Löschungen gesperrt, da solche Verfügungen gegenüber den durch die Vormerkung nicht geschützten dritten Personen wirksam sind und auch die Möglichkeit gegeben ist, daß sie gegenüber dem Vormerkungsberechtigten, beispielsweise durch nachträgliche Genehmigung, durch späteren Erweis der Unbegründetheit des vorgemerkten Anspruchs, durch sonstiges Wegfallen der Verfügungsbeschränkung, Wirksamkeit erlangen kann. Die sonach auf dem Gebiete des materiellen Rechtes liegende Frage, ob und inwieweit eine andere Verfügung des Inhabers der Eigentümergrundschuld, die nicht eine Löschung ist, rechtsunwirksam ist, hat der Grundbuchrichter nicht zu entscheiden; nach formellem Grundbuchrechte hat er jede Eintragung vorzunehmen, bei der auch nur die Möglichkeit materieller Rechtsgültigkeit besteht (RJA. 2, 139). Eine ohne Zustimmung der Vormerkungsberechtigten vorgenommene andere Verfügung als eine Löschung steht allerdings unter der Bedingung, daß der vorgemerkte Anspruch der Löschung nicht bis zur wirklichen Löschung durchgeführt wird; die Vormerkungsberechtigten können ihr Recht auf Löschung nicht nur demjenigen gegenüber, der die Verpflichtung zur Löschung eingegangen ist, sondern auch gegen einen etwaigen anderen Eigentümer sowie gegen diejenigen, welche durch die Verfügung über die Eigentümergrundschuld Rechte erlangt haben, gemäß § 888 BGB. zur Durchführung bringen. Dies muß aber den Vormerkungsberechtigten vorbehalten

Digitized by Google

bleiben; der Grundbuchrichter darf nicht mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Durchführung des Anspruchs auf Löschung die Eintragung einer Verfügung des Inhabers der Eigentümergrundschuld versagen. Hiernach ist die Ablehnung der Eintragung des L. als Gläubiger der fraglichen Eigentümergrundschuld sowie der Eintragung der an dieser von dem Beschwerdeführer im Wege der Pfändung erworbenen Pfandrechte ungerechtfertigt.

Erteilung eines neuen Grundschuldbriefs auf Antrag eines nicht eingetragenen Gläubigers, der im Wege des Aufgebotsverfahrens die Kraftloserklärung des abhanden gekommenen Briefes erwirkt hat. Unzulässigkeit der Ausstellung des neuen Briefes auf den Namen des Antragstellers statt des eingetragenen Gläubigers, sofern nicht gleichzeitig die Berichtigung des Grundbuchs beantragt wird.

§ 1162 BGB., §§ 67, 68 GBO., § 1018 ZPO.

Oberlandesgericht Rostock, 21. Dezember 1906. — Bd. 8 S. 158.

Die Witwe T. will eine Grundschuld dadurch erworben haben, daß der eingetragene Gläubiger diese an ihren inzwischen verstorbenen Ehemann und der letztere dieselbe an sie schriftlich abgetreten hat; den in ihrem Besitze gewesenen Grundschuldbrief will sie versehentlich verbrannt haben. Sie hat daraufhin im Aufgebotsverfahren ein Ausschlußurteil erwirkt, durch das der Grundschuldbrief für kraftlos erklärt worden ist. Auf Grund des Ausschlußurteils hat sie die Erteilung eines neuen, auf ihren Namen lautenden Grundschuldbriefs beantragt. Das Grundbuchamt will den Brief nicht auf ihren Namen, sondern auf den Namen des eingetragenen Gläubigers ausstellen. Die dagegen eingelegte Beschwerde ist zurückgewiesen worden. Auch die weitere Beschwerde ist vom Oberlandesgericht in Rostock als nicht begründet zurückgewiesen worden aus folgenden Gründen:

Es ist unrichtig, wenn geltend gemacht wird, der ein Ausschlußurteil hinsichtlich einer Urkunde Erwirkende sei daraufhin ausschließlich berechtigt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen; das Ausschlußurteil erbringe seine bezügliche Legitimation. Nach § 1018 ZPO. ersetzt das Ausschlußurteil für den Antragsteller den Besitz der für kraftlos erklärten Urkunde. Er kann daraufhin dem aus der Urkunde Verpflichteten gegenüber die Rechte aus der Urkunde geltend machen; insoweit schafft es seine materielle Legitimation. Für das Rechtsverhältnis des Antragstellers zu Dritten ist das Ausschlußurteil ohne Bedeutung; deren Rechte werden dadurch nicht berührt. Etwaigen früheren Inhabern der Urkunde verbleiben also ihre Rechte unverkürzt; ihnen gegenüber schafft das Ausschlußurteil keine materielle Legitimation. Mithin kann die Beschwerdeführerin das Ausschlußurteil nicht zum Zwecke des Nachweises dafür, daß das Recht aus der Grundschuld von dem eingetragenen Gläubiger bezw. ihrem verstorbenen Ehemann auf sie übergegangen sei, verwerten; es begründet insoweit nicht ihre materielle Legitimation. Ob der das Ausschlußurteil Erwirkende ein Recht auf Ausstellung einer neuen Urkunde hat, bestimmt sich nicht nach der Zivilprozeßordnung, sondern nach materiellem Rechte. Für Hypotheken- und Grundschuldbriefe ergibt sich ein solcher Anspruch öffentlichrechtlicher Natur gegen das Grundbuchamt aus § 67 GBO.

Ueber den Inhalt, der dem neuen Hypotheken- bezw. Grundschuldbriefe

Digitized by Google

zu geben ist, trifft der § 68 GBO. Bestimmung. Danach hat der Brief einen Auszug aus dem Grundbuche (zu vergl. § 57 GBO.) nach dessen Stande zur Zeit der Neubildung zu enthalten. Etwaige sonstige Rechtsänderungen — abgesehen von den im § 68 Abs. 2 GBO. erwähnten —, die sich außerhalb des Grundbuchs vollzogen haben, insbesondere ein etwaiger Gläubigerwechsel, sind nur insoweit zu berücksichtigen, als gleichzeitig Berichtigung des Grundbuchs beantragt wird. Im vorliegenden Falle ist eine Grundbuchberichtigung nicht beantragt, auch sind die betreffenden Rechtsänderungen nicht in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen; im Aufgebotsverfahren (zu vergl. § 1007 Nr. 2, § 1004 Abs. 2 ZPO.) ist lediglich Glaubhaftmachung erfolgt.

Pflicht des Grundbuchamts, auf Verlangen desjenigen, dem eine Eintragung in das Grundbuch bekannt zu machen ist, die Eintragung statt ihm selbst einem von ihm zur Empfangnahme Bevollmächtigten bekanntzumachen, sofern nicht besondere Bedenken entgegenstehen.

§ 55 GBO.

Kammergericht Berlin, 21. Dezember 1906. — Bd. 8 S. 159.

Erklärt ein nach § 55 GBO. Benachrichtigungsberechtigter, insbesondere ein Antragsteller, wie vorliegend, daß von der zu bewirkenden Eintragung nicht ihm, sondern für ihn einem anderen die Benachrichtigung zugehen solle, so kann nicht anerkannt werden, daß dem Grundbuchrichter die freie Wahl zusteht, ob er den Benachrichtigungsberechtigten selbst oder die ihm bezeichnete andere Person von der Eintragung benachrichtigen will. Wider seinen Willen kann dem Benachrichtigungsberechtigten selbst die Benachrichtigung nicht aufgedrängt werden, zumal er nach Satz 2 des § 55 GBO. auf die Benachrichtigung zu verzichten berechtigt ist, und anderseits liegt, wie auch das Landgericht annimmt, kein gesetzlicher Grund vor, die Bevollmächtigung eines anderen zur Empfangnahme der Benachrichtigung für unzulässig zu erachten, da alle Rechtshandlungen durch rechtsgeschäftliche Vertreter vorgenommen werden können, soweit nicht das Gesetz ausnahmsweise persönliches Handeln erfordert. Durch eine solche Erklärung des Benachrichtigungsberechtigten, daß nicht ihm, sondern dem Bevollmächtigten die Benachrichtigung zugehen solle, wird dem Grundbuchamte gegenüber, wenn nicht besondere Umstände entgegenstehen, der Bevollmächtigte hinsichtlich der Empfangnahme der Benachrichtigung völlig an die Stelle des Benachrichtigungsberechtigten gesetzt, so daß nicht dieser, sondern nur jener als Adressat der Benachrichtigung vom Grundbuchamte zu behandeln ist. Würde der Bevollmächtigte unter Vorlegung einer die genannte Erklärung des Benachrichtigungsberechtigten enthaltenden Urkunde vor dem Grundbuchamt erscheinen und Aushändigung des Benachrichtigungsschreibens verlangen, so könnte das Grundbuchamt die Uebergabe des Benachrichtigungsschreibens, wenn nicht etwa Bedenken gegen die Echtheit der Urkunde oder gegen die Gültigkeit der Erklärung beständen, dem Bevollmächtigten nicht verweigern, da er als legitimierter Empfänger zu gelten hätte. In gleicher Weise ist bei Zusendung des Benachrichtigungsschreibens dieses an den Bevollmächtigten zu richten. Der Machtgeber kann auch ein wesentliches Interesse daran haben, daß das Grundbuchamt nicht ihm, sondern dem Bevollmächtigten die Benachrichtigung zugehen läßt, so beispielsweise, wenn er auf Reisen abwesend ist oder wenn,

Digitized by Google

wie im gegebenen Falle vom Beschwerdeführer angegeben wird, von dem Zugehen der Benachrichtigung an den Bevollmächtigten die Vornahme von Leistungen des letzteren zugunsten des Machtgebers abhängt. Eine Bestätigung der Richtigkeit dieser Auffassung ist auch darin zu finden, daß in das nach § 46 Nr. 4 PrGeschAnw. f. AGSchreib. v. 11. Oktober 1906 (JMBl. 304) einzurichtende und der Tabelle vorzuheftende Wohnungsblatt die von Grundbuchinteressenten zu den Grundakten angezeigten Vertreter oder Zustellungsbevollmächtigten (zu vergl. §§ 5, 19 Abs. 2 ZwVG.) aufzunehmen sind und daß gegebenenfalls an diese die Benachrichtigung von Grundbucheintragungen zu erfolgen hat (zu vergl. OLGRspr. 2, 197).

Löschung einer bezahlten Hypothek auf Grund einer Quittung des eingetragenen Gläubigers und eines Antrags des Hypothekeninhabers im Wege der Berichtigung des Grundbuchs; Pflicht des Grundbuchamts, die Löschung abzulehnen, wenn das Grundstück in der Quittung nicht übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt bezeichnet ist.

§§ 22, 28 GBO.

Kammergericht Berlin, 29. Dezember 1906. — Bd. 8 S. 161.

G. ist eingetragener Eigentümer des Grundstücks S. Bd. I Bl. Nr. 1. Er hat in notariell beglaubigter Urkunde auf Grund löschungsfähiger Quittungen des Bahnarbeiters Albert L. und der unverehelichten Auguste L. Löschung des für die Genannten auf dem Grundstücke eingetragenen mütterlichen Erbteils beantragt. Das Amtsgericht hat den Antrag abgelehnt, weil aus den Löschungsbewilligungen weder die Nummer des Grundbuchblatts noch die der eingetragenen Posten ersichtlich sei. Die hiergegen von G. eingelegte Beschwerde ist vom Landgerichte zurückgewiesen worden; auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht den Erfolg versagt aus folgenden Gründen:

Auf S. Bd. I Bl. Nr. 1 steht in Abt. III Nr. 6c und 6e für Albert L. und Auguste L. ein „Erbteil" von je 160 Mark auf Grund des Erbrezesses vom 10./20. Mai 1893 eingetragen. In den notariell beglaubigten Urkunden vom 2. März 1905 und 29. Mai 1906 haben Albert L. und Auguste L. erklärt: „Im Grundbuche von S. des Amtsgerichts St. steht für mich eine Abfindung von mütterlichem Vermögen eingetragen. Ich bekenne, daß mir mein Vater, der Eigentümer Heinrich L., diese Abfindung nebst Zinsen zurückgezahlt hat und bewillige die Löschung dieser Abfindung überall da, wo dieselbe eingetragen ist." Würde sich der Löschungsantrag des Beschwerdeführers lediglich auf diese beiden Urkunden und die darin von den eingetragenen Gläubigern erklärten Löschungsbewilligungen stützen, so würde sich die Zurückweisung des Antrags ohne weiteres aus § 28 Satz 1 GBO. rechtfertigen, wonach in der Eintragsbewilligung das Grundstück übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen ist. Denn auch die Löschung ist nach dem Sprachgebrauche der Grundbuchordnung eine Eintragung, nämlich die des Löschungsvermerkes (vergl. § 47 Abs. 1) und ist die Löschungsbewilligung also eine Eintragungsbewilligung. Es ist daher auch in der Bewilligung der Löschung eines eingetragenen Rechtes das Grundstück, auf dem das Recht eingetragen steht,

Digitized by Google

gemäß § 28 Satz 1 GBO. zu bezeichnen. Ist dieser Vorschrift in der Löschungsbewilligung nicht genügt, so hat der Grundbuchrichter die daraufhin beantragte Löschung abzulehnen, sei es auch, daß anderweit festgestellt werden kann, welches Grundstück und welches eingetragene Recht von den Beteiligten gemeint worden ist. Die Vorschrift des § 28 GBO. ist zwar, wiewohl das Wort „soll" in dem entsprechenden § 25 des Entwurfs I durch „ist" ersetzt worden ist, nur eine Ordnungsvorschrift, welche „die nötige Bestimmtheit des Inhalts der Erklärungen und deren Brauchbarkeit für die Führung des Grundbuchs sichern und das Spezialitätsprinzip zum Ausdrucke bringen soll" (Motive 3, 183; Motive zum § 25 des Entwurfs I [von 1889] GBO.; Denkschrift zu § 27 des Entwurfs II [von 1897] GBO.), so daß eine unter Verletzung der Vorschrift erfolgte Eintragung nicht nichtig ist (zu vergl. OLGRspr. 1, 454); aber der Grundbuchrichter hat auch auf die Erfüllung der für das Verfahren der Grundbucheintragung gegebenen Ordnungsvorschriften zu achten (zu vergl. OLGRspr. 1, 454; 5, 299). Vorliegend ist in den genannten Löschungsbewilligungen nur unter der Angabe, daß das zu löschende Recht im Grundbuche von S. eingetragen sei, die Löschung „überall da, wo das Recht eingetragen ist", bewilligt und ist also das Grundstück weder übereinstimmend mit dem Grundbuche noch durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt bezeichnet. Es würde also, wenn der Löschungsantrag nur auf diese Löschungsbewilligungen gestützt wäre, die Zurückweisung mit Recht erfolgt sein wegen Nichtbefolgung des § 28 Satz 1 GBO.

Es hat aber der Beschwerdeführer noch eine notariell beglaubigte Urkunde vom 24. Oktober 1906 eingereicht, in welcher auch der Altsitzer Heinrich L. die Löschung der für seine beiden Kinder Albert und Auguste L. eingetragenen Erbabfindungen beantragt. In dieser Urkunde ist dem Erfordernisse des § 28 Satz 1 GBO. durch die zur Bezeichnung des belastetem Grundstücks erfolgte Hinweisung auf das Grundbuchblatt S. Bd. I Bl. Nr. 1 genügt. Das Landgericht erachtet diese Urkunde für unerheblich, weil durch ergänzende Angaben des Löschungsantrags der Mangel der Eintragungsbewilligung nicht geheilt werden könne. Tatsächlich kommt aber nach der Sachlage die Erklärung des Heinrich L. für die Frage, ob die Voraussetzungen zur Vornahme der Löschung gegeben sind, nicht als Löschungsantrag, sondern als Löschungsbewilligung in Betracht. Heinrich L. ist bis zum 26. April 1905 eingetragener Eigentümer des Grundstücks gewesen. Er war, wie sich aus der gleichzeitigen Eintragung seines Eigentums und der Erbteile seiner genannten beiden Kinder im Jahre 1893 ergibt und auch das Landgericht feststellt, persönlicher Schuldner der Erbteile. Nach den Erklärungen der beiden Kinder in den Urkunden vom 2. März 1905 und 29. Mai 1906 hat er die für die Kinder „eingetragene Abfindung von mütterlichem Vermögen" an die Kinder bezahlt. Zufolge dieser Zahlung ist das Gläubigerrecht der beiden Kinder untergegangen und sind letztere überhaupt nicht mehr legitimiert, die Löschung der Hypotheken zu bewilligen. Vielmehr sind die Hypotheken, wenn sie Heinrich L. zu der Zeit bezahlt hat, als er noch Eigentümer des Grundstücks war, gemäß § 1163 Abs. 2, § 1177 Abs. 1 BGB. auf ihn als Eigentümergrundschulden kraft Gesetzes übergegangen und er ist auch nach der Veräußerung Inhaber dieser Grundschulden geblieben (KGJ. 26 A, 303; 28 A, 138); nur er ist daher in diesem Falle berechtigt, die Löschung der

Digitized by Google

Hypotheken zu bewilligen. Ist die Zahlung erst zur Besitzzeit des jetzigen Eigentümers, des Beschwerdeführers, erfolgt, so gilt, wenn und soweit Heinrich L. vom Beschwerdeführer Ersatz verlangen kann, gemäß § 1164 Satz 1 BGB. das gleiche mit der Maßgabe, daß die Hypotheken nicht in Grundschulden umgewandelt, sondern Hypotheken geblieben sind; anderenfalls sind die Hypotheken gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2, § 1177 Abs. 1 BGB. auf den Beschwerdeführer als jetzigen Eigentümer übergegangen. In jedem Falle sind also die von den eingetragenen Gläubigern Albert und Auguste L. erklärten Löschungsbewilligungen als solche rechtlich bedeutungslos. Vielmehr ist, je nachdem die Hypotheken auf Heinrich L. oder auf den Beschwerdeführer übergegangen sind, zur Löschung die formgerechte Löschungsbewilligung jenes oder dieses Inhabers erforderlich. Ein von dem Inhaber der Hypothek gestellter Antrag auf Löschung enthält aber eine Löschungsbewilligung; denn diese braucht nicht mit dem Worte „bewilligen" erklärt zu sein, vielmehr genügt jeder Ausdruck, der den auf Löschung gerichteten Willen deutlich erkennen läßt (KGJ. 21 A, 125). Der Löschungsantrag des Heinrich L. ist also, sofern diesem die Hypotheken zustehen und es daher auf seine Erklärung über die Löschung überhaupt ankommt, als Löschungsbewilligung aufzufassen und der Löschungsantrag des Beschwerdeführers enthält, sofern die Hypotheken auf ihn übergegangen sind, zugleich die erforderliche Löschungsbewilligung. Beide Anträge genügen aber der Vorschrift des § 28 Satz 1 GBO., da sie das belastete Grundstück durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt S. Bd. I Bl. Nr. 1 bezeichnen.

Dennoch kann daraufhin in Verbindung mit den von den eingetragenen Gläubigern erteilten Quittungen die Löschung der Hypotheken nicht erfolgen. Es müssen nämlich auf die Quittungsurkunden, wiewohl die darin erklärten Löschungsbewilligungen rechtlich belanglos sind, doch die Vorschriften des § 28 Satz 1 GBO. auch zur Anwendung gebracht werden. Wenn derjenige, auf den zufolge Bezahlung der Hypothekenforderung nach den vorerörterten Grundsätzen die Hypothek übergegangen ist, sich als Inhaber der Hypothek eintragen läßt, so handelt es sich um eine Berichtigung des durch eine kraft Gesetzes eingetretene Rechtsänderung unrichtig gewordenen Grundbuchs im Sinne des § 22 GBO. An und für sich wäre nach dem im § 19 zum Ausdrucke gelangten Konsensprinzipe der Grundbuchordnung zur Umschreibung die Bewilligung des eingetragenen Gläubigers erforderlich. Von diesem Prinzipe macht § 22 GBO. eine Ausnahme insofern, als es zur Berichtigung des Grundbuchs der Bewilligung des durch die Berichtigung in seinem Rechte Betroffenen nicht bedarf, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird. In dieser Hinsicht wird also der Nachweis der Unrichtigkeit der Bewilligung der Berichtigung gleichgestellt. Wenn daher ein Zahlungsempfangsbekenntnis des eingetragenen Gläubigers beigebracht wird, so bedarf es zur Eintragung des Hypothekübergangs nur noch eines Eintragungsantrags gemäß § 13 GBO. Was die Bezeichnung des Grundstücks betrifft, so ist nach § 28 GBO., wenn eine Eintragungsbewilligung nicht erforderlich ist, in dem Eintragungsantrage das Grundstück in der dort vorgeschriebenen Weise zu bezeichnen. Wollte man diese Bestimmung wörtlich nehmen, so würde in dem unterstellten Falle die Bezeichnung des Grundstücks in dem Eintragungsantrage genügen und eine solche Bezeichnung in der Quittung nicht erforderlich sein. Dies würde aber dem Zwecke der Vorschrift, die nötige Bestimmtheit des Inhalts der die Grundlage für Eintragungen

Digitized by Google

bildenden Erklärungen zu sichern, nicht entsprechen. Es ist daher nach dem Sinne des Gesetzes anzunehmen, daß solche urkundlichen Erklärungen, welche zwar keine Eintragungsbewilligung enthalten, aber der an sich nach dem Regelsatze neben dem Eintragungsantrag erforderlichen Eintragungsbewilligung gleichwertig sind und diese kraft besonderer Vorschrift ausnahmsweise ersetzen, ebenfalls die im § 28 Satz 1 GBO. vorgeschriebene Bezeichnung des Grundstücks enthalten müssen. Demnach ist, wenn eine bezahlte Hypothek auf Grund einer Quittung des eingetragenen Gläubigers für denjenigen umgeschrieben werden soll, auf den sie zufolge der Zahlung übergegangen ist, zu erfordern, daß das Grundstück, auf dem die Hypothek eingetragen ist, in der Quittung übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen ist. Das gleiche hat aber auch dann zu gelten, wenn der Inhaber der Hypothek auf Grund der Quittung sogleich anderweit über die Hypothek verfügt, insbesondere sie auf einen anderen überträgt oder ihre Löschung beantragt, da es hinsichtlich der Eintragungsvoraussetzungen keinen Unterschied machen kann, ob der Inhaber der Hypothek zunächst die Berichtigung des Grundbuchs durch Umschreibung der Hypothek auf ihn herbeiführt und dann erst anderweit darüber verfügt oder ob er diese Verfügung ohne seine zuvorige Zwischeneintragung vornimmt.

Hiernach sind vorliegend die von den eingetragenen Hypothekengläubigern in den Urkunden vom 2. März 1905 und 29. Mai 1906 erteilten Quittungen wegen Fehlens der im § 28 Satz 1 GBO. vorgeschriebenen Bezeichnung des belasteten Grundstücks zur Vornahme der von dem Beschwerdeführer als Eigentümer beantragten Löschung der in Rede stehenden Hypotheken nicht genügend, ganz abgesehen davon, daß in den Quittungen nicht einmal der Betrag der Hypotheken angegeben und auch ihr Inhalt mangelhaft bezeichnet ist.

Es war daher aus diesen Gründen die weitere Beschwerde zurückzuweisen.

Berechtigung des Gemeindewaisenrats zur Einlegung der Beschwerde gegen eine Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch die der Antrag, einem Vater wegen Verletzung des Rechtes seines Kindes auf Gewährung des Unterhalts die Vermögensverwaltung zu entziehen, abgelehnt wird.

§ 1666 Abs. 2, § 1675 BGB., § 57 Abs. 1 Nr. 9 FG.

Kammergericht Berlin, 31. Januar 1908. — Bd. 8 S. 167.

Dem G. ist durch Beschluß des Amtsgerichts die Sorge für die Person seines im Jahre 1897 geborenen Sohnes Otto aus seiner geschiedenen Ehe mit Sophie, geborenen T., entzogen worden, nachdem er sich in gerichtlicher Verhandlung mit der Entziehung des Fürsorgerechts einverstanden erklärt, sich zur Zahlung von 8 Mark monatlicher Unterhaltsgelder verpflichtet und sich deswegen der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hatte. Das Amtsgericht in K. hat dem Otto G. in der Person des M. einen Pfleger bestellt. Otto G. ist bei seiner Großmutter, der Witwe Margarete G., untergebracht. Der Gemeindewaisenrat in K. hat bei dem dortigen Amtsgericht am 14. November 1906 den Antrag gestellt, dem Vater G. auf Grund des § 1666 Abs. 2 BGB. auch das Recht zur Verwaltung und Nutznießung des Vermögens seines Sohnes Otto zu entziehen, mit der Begründung, daß der

Digitized by Google

Vater bisher insgesamt erst 6 Mark für den Unterhalt seines Sohnes bezahlt, dadurch seine Unterhaltungspflicht verletzt habe und auch für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts des Otto G. zu besorgen sei. Das Amtsgericht hat diesen Antrag abgelehnt, weil Otto G. weder Vermögen besitze noch solches zu erwarten habe, die Entziehung des Verwaltungs- und Nießbrauchrechts des Vaters daher zwecklos sei. Die von dem Gemeindewaisenrat erhobene Beschwerde ist vom Landgericht in K. unter Billigung der Gründe des Amtsgerichts zurückgewiesen worden. Auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht den Erfolg versagt, weil eine Nachprüfung der Frage, ob eine Maßregel nach § 1666 Abs. 2 BGB. aus Zweckmäßigkeitsgründen geboten erscheine, in der dritten Instanz nicht stattfinden könne. Hinsichtlich der Frage, ob der Gemeindewaisenrat zur Einlegung der weiteren Beschwerde befugt sei, wird in den Gründen ausgeführt:

Die Beschwerde ist ordnungsmäßig eingelegt. Der Gemeindewaisenrat als Behörde kann die weitere Beschwerde ohne Zuziehung eines Rechtsanwalts schriftlich einlegen (§ 29 FG.). Er ist aber auch im vorliegenden Falle zur Einlegung der weiteren Beschwerde für befugt zu erachten. Denn der Gemeindewaisenrat ist berechtigt und verpflichtet, darüber zu wachen, daß den in seinem Bezirke sich aufhaltenden Mündeln die nötige Erziehung und Pflege zuteil werde, er hat nach § 1675 dem Vormundschaftsgericht Anzeige zu machen, wenn ein Fall zu seiner Kenntnis gelangt, in welchem das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten berufen ist. In allen die Sorge für die Person des Mündels betreffenden Angelegenheiten, auf die sich das Aufsichtsrecht des Waisenrats erstreckt, ist daher dem Gemeindewaisenrat auf Grund des § 57 Nr. 9 FG. ein Beschwerderecht gegenüber den Verfügungen des Vormundschaftsgerichts zuzugestehen (RJA. 1, 87). Ein Beschwerderecht aus § 57 Nr. 9 FG. ist aber auch gegenüber den Verfügungen begründet, durch welche die Anordnung einer der in den §§ 1665—1667 vorgesehenen Maßregeln abgelehnt wird, soweit diese Maßregeln die Sorge für die Person des in elterlicher Gewalt stehenden Kindes betreffen. Denn wie bereits in dem Beschlusse vom 2. März 1905 (KGJ. 30 A, 12 ff.) des Näheren dargelegt ist, ist bei Ablehnung einer der in den §§ 1665—1667 vorgesehenen, die Sorge für die Person des Kindes betreffenden Maßregeln das Beschwerderecht nicht nur aus Nr. 8, sondern auch aus Nr. 9 des § 57 FG. gegeben. Die Entziehung des Verwaltungs- und Nießbrauchsrechts des Vaters am Vermögen des Kindes auf Grund des § 1666 Abs. 2 stellt sich aber nicht als eine die Sorge für das Vermögen, sondern als eine die Sorge für die Person des Mündels betreffende Angelegenheit dar. Dies erhellt zunächst daraus, daß die in Rede stehende Bestimmung in den § 1666 aufgenommen ist, der die Fürsorge des Vormundschaftsgerichts für die Person des Kindes regelt, während die Fürsorge des Vormundschaftsgerichts für das Vermögen des Kindes in den §§ 1667—1672 geregelt ist. Die Richtigkeit dieser Annahme ergibt sich aber auch aus dem Zwecke der Vorschrift, wie er aus der Entstehungsgeschichte zu entnehmen ist. Die Vorschrift des Abs. 2 des § 1666 ist von der zweiten Kommission an Stelle des dritten Satzes des dem § 1666 entsprechenden § 1546 des Entw. I gesetzt worden. Dieser gestrichene Satz 3 des § 1546 des Entwurfs lautete: „Sofern das Interesse des Kindes es erfordert, kann das Vormundschaftsgericht auch die elterliche Gewalt mit Ausnahme der elterlichen Nutznießung ganz oder teilweise ent-

Digitized by Google

ziehen." Wie die Motive 4, 803—805 ergeben, sollte die Entziehung der elterlichen Gewalt lediglich eine Maßregel sein, um die durch das Verhalten des Gewalthabers drohende Gefährdung des geistigen oder körperlichen Wohles des Kindes abzuwenden, und war eine Gefährdung des Vermögens des Kindes durch den Gewalthaber nicht vorausgesetzt. Diesen Standpunkt der Motive hat die Kommission, wie die Protokolle ergeben, festgehalten. Es wurde ausdrücklich hervorgehoben, daß es sich in den Fällen des § 1546 um Fälle handele, in denen zunächst nur das Vertrauen darauf geschwunden sei, daß der Vater imstande sein werde, durch genügende Erziehungsmaßregeln einer weiteren Verwahrlosung des Kindes entgegenzutreten. Die Streichung des Satzes 3 des § 1546 und die Annahme der dem Abs. 2 des § 1666 entsprechenden Vorschrift wurden damit begründet, daß das elterliche Nutznießungsrecht wesentlich auch zu dem Zwecke gegeben sei, um dem Kinde daraus den erforderlichen Unterhalt zu gewähren. Ein Antrag, wonach die Entziehung der elterlichen Gewalt, sofern es das Interesse des Kindes erfordere, allgemein zulässig sein und den Verlust der Nutznießung kraft Gesetzes nach sich ziehen sollte, wurde mit folgender Begründung abgelehnt: „Im § 1546 handele es sich ausschließlich um solche Maßregeln, die das Vormundschaftsgericht treffen müsse, um Mängeln, die in der Beschaffenheit des Vaters oder des Kindes lägen, abzuhelfen. § 1546 treffe nur Mängel, welche sich in der Sorge für die Person des Kindes gezeigt hätten. Bei Mängeln in der Vermögensverwaltung greife § 1547 ein. Schon aus diesem Grunde sei es mißlich und führe zu schiefen Ergebnissen und zur Verdunkelung des wahren Sinnes des § 1546, wenn die Entziehung der Vermögensverwaltung im § 1546 bei Fällen zugelassen werde, die mit dem Prinzipe des § 1546 eigentlich nichts zu tun hätten. Bei dem in Satz 3 behandelten Falle liege die Sache anders. Denn in demselben sei jede Maßregel, welche zur Sicherung des Unterhalts des Kindes ergriffen werde, unvollständig, solange der Vater im Besitze der Vermögensverwaltung bleibe; deshalb sei diese ihm in Satz 3 entzogen." In Uebereinstimmung hiermit ist in der Denkschrift die Vorschrift des § 1666 Abs. 2 BGB. damit begründet: Das Vormundschaftsgericht könne in den Fällen des § 1648 Abs. 1, 2, soweit nötig, dem Vater die Sorge für die Person des Kindes mit Einschluß der Vertretung auch gänzlich entziehen. Zu einer Entziehung der Vermögensverwaltung und der elterlichen Nutznießung liege dagegen hier regelmäßig kein Anlaß vor. Nur wenn der Vater das Recht des Kindes auf Gewährung des Unterhalts verletze und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen sei, dürfe dem Vater, um dem Kinde die Mittel für seinen Unterhalt zu sichern, auch die Vermögensverwaltung sowie die Nutznießung entzogen werden (§ 1643 Abs. 3).

Die Anordnung aus § 1666 Abs. 2 bezweckt hiernach lediglich, die Gefährdung des körperlichen Wohles des Kindes, welche aus der Verletzung seines Rechtes auf Gewährung von Unterhalt entspringt, zu beseitigen, sie stellt sich demnach als eine die Fürsorge für die Person des Kindes betreffende Angelegenheit dar. Hieraus folgt, daß gegen die Ablehnung einer Maßregel gemäß § 1666 Abs. 2 ein Beschwerderecht auf Grund des § 57 Nr. 9 FG. gegeben ist.

Digitized by Google

Befugnis eines unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes, in Angelegenheiten, an deren Besorgung der Gewalthaber verhindert ist und in denen ein Mündel vor der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gehört werden soll, das Beschwerderecht selbständig auszuüben, auch wenn ein Pfleger noch nicht bestellt ist.

§ 59 Abs. 1 FG., §§ 1827, 1915 BGB.

Kammergericht Berlin, 14. Februar 1907. — Bd. 8 S. 170.

Die Erben des am 17. Juni 1906 zu B. verstorbenen Besitzers August M. haben zum Protokolle des Notars G. vom 6. Juli 1906 einen Erbvergleich geschlossen, in welchem der gesamte Nachlaß der Witwe des Erblassers, Anna M., zum Alleineigentum überlassen wurde, während die Witwe M. sich zur Auszahlung der Erbteile der Kinder des Erblassers in bar zu näher bestimmten Fälligkeitsterminen verpflichtete. Mitübereignet wurde der Witwe M. ein Anspruch auf Auflassung einer Parzelle, welche der Erblasser durch notariellen Vertrag vom 21. November 1903 gegen eine von ihm geleistete bare Anzahlung von 50 Mark von Frau Jeanette K. gekauft und übergeben, aber noch nicht aufgelassen erhalten hatte. Im § 7 des Erbvergleichs wurde, da zwei zu den Erben gehörende Kinder des Erblassers noch minderjährig sind, die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Erbvergleichs beantragt. Im § 8 hat die Witwe Anna M. als Allein- und Selbstschuldnerin die im Nachlaßverzeichnis aufgeführten Nachlaßschulden, insbesondere die Bezahlung des Restkaufgeldes an Frau Jeanette K. für die aufzulassende Parzelle, übernommen und sich verpflichtet, Zahlung an die Gläubiger zu leisten, sobald dieselben Zahlung verlangen. Der Erbvergleich ist, da die Witwe Anna M. der deutschen Sprache nicht mächtig ist, unter der im Einverständnis aller Beteiligten erfolgten Zuziehung des Gutsbesitzers Reinhold K., eines Sohnes der Frau Jeanette K., als Dolmetscher aufgenommen. Den von dem Notar G. gestellten Antrag auf vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Erbvergleichs vom 6. Juli 1906 namens der minderjährigen Geschwister M. hat das Amtsgericht in K. abgelehnt mit der Begründung, daß der § 8 des Erbvergleichs eine Verfügnng zugunsten der Mutter des zugezogenen Dolmetschers enthalte. Die Beschwerde des Rechtsanwalts G. hiergegen ist vom Landgericht als unbegründet zurückgewiesen. G. hat weitere Beschwerde erhoben. Das Kammergericht hat ihn zunächst aufgefordert anzugeben, für welche genau zu bezeichnenden Personen er weitere Beschwerde eingelegt habe, sowie die schriftliche Vollmacht dieser Personen beizubringen. Er hat darauf erklärt, die Beschwerde namens der sämtlichen Erben des M. und namens des Besitzers Joseph B. aus C. als des Teilungspflegers der minderjährigen Geschwister Johann und Mathilde M. eingelegt zu haben. Eine Anfrage bei dem Amtsgericht in K. hat ergeben, daß dort eine Teilungspflegschaft, in welcher Joseph B. zum Pfleger für die Geschwister M. bestellt ist, nicht geführt wird.

Das Kammergericht hat der Beschwerde, insoweit sie für den minderjährigen Johann M. eingelegt war, stattgegeben. In den Gründen wird zunächst dargelegt, daß der Witwe M. und den volljährigen Kindern M. gegen die Weigerung des Amtsgerichts K., die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu dem Vertrage vom 6. Juli 1906 zu erteilen, eine Beschwerde nicht zustehe, sowie daß G. durch die von der Witwe M. und dem zum

Digitized by Google

Pfleger in Vorschlag gebrachten, aber noch nicht bestellten, Besitzer B. ihm erteilte Vollmacht nicht zur Einlegung der Beschwerde für die minderjährigen Geschwister M. ermächtigt sei. Die Gründe fahren dann fort:

Demnach kann es sich nur fragen, ob ein selbständiges Beschwerderecht der Minderjährigen aus § 59 FG. zu begründen ist. Da es sich aus dem Vertrage vom 6. Juli 1906 nicht um eine die Person der Minderjährigen betreffende Angelegenheit handelt, kann nur die Vorschrift des § 59 Abs. 1 Satz 2 FG. in Frage kommen. Danach steht in Angelegenheiten, in denen der Mündel vor einer Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gehört werden soll, dem Mündel ein selbständiges Beschwerderecht zu. In dem Vertrage vom 6. Juli 1906 wird der Witwe M. der Anspruch auf Auflassung eines von dem Erblasser mittels notariellen Vertrags gekauften Grundstücks übereignet. Es wird mithin darin eine Verfügung über eine zum Nachlasse gehörende Forderung getroffen, die auf Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke gerichtet ist. Zu einer solchen Verfügung soll nach § 1827 Abs. 2, § 1821 Nr. 2 BGB. die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erst nach Anhörung der achtzehn Jahre alten Mündel erteilt werden. Mathilde M. ist am 16. Februar 1891 geboren, mithin noch nicht achtzehn Jahre alt, ihr steht demnach keinesfalls ein selbständiges Beschwerderecht zu. Dagegen ist Johann M. am 28. September 1886 geboren, also bereits bei Abschluß des Vertrags vom 6. Juli 1906 über achtzehn Jahre alt gewesen. Ihm würde daher auf Grund des § 59 Abs. 1 Satz 2 FG. ein selbständiges Beschwerderecht zuzugestehen sein, wenn auf ihn die Vorschrift des § 1827 Abs. 2 BGB. anwendbar ist. Dies kann bejaht werden.

Allerdings unterscheidet der § 59 FG. im Abs. 1 Satz 1 ausdrücklich zwischen einem unter elterlicher Gewalt stehenden Kinde und einem unter Vormundschaft stehenden Mündel und ist das selbständige Beschwerderecht unter den Voraussetzungen des zweiten Satzes nur dem Mündel und nicht auch dem unter elterlicher Gewalt stehenden Kinde beigelegt. Daraus kann aber im vorliegenden Falle eine Versagung des selbständigen Beschwerderechts des Johann M. nicht gefolgert werden. Die Bestimmung des § 59 Abs. 1 Satz 2 FG. erklärt sich damit, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Anhörung des achtzehn Jahre alten Minderjährigen hinsichtlich eines der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfenden Geschäfts nur für unter Vormundschaft stehende Mündel, nicht aber auch für unter elterlicher Gewalt stehende Kinder vorgeschrieben ist. Sollte also Minderjährigen, soweit ihre Anhörung vor der Erteilung der gerichtlichen Genehmigung vorgeschrieben ist, ein selbständiges Beschwerderecht beigelegt werden, so konnte ein solches für Entscheidungen, die sich auf Geschäfte des Gewalthabers für das seiner elterlichen Gewalt unterworfene Kind beziehen, überhaupt nicht in Frage kommen. Wird aber für ein unter elterlicher Gewalt stehendes Kind zwecks Vertretung bei einer dem Gewalthaber gegenüber vorzunehmenden Rechtshandlung ein Pfleger bestellt, so finden auf diese Pflegschaft nach § 1915 BGB. die für eine Vormundschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Daraus folgt, daß der Pfleger zu allen Rechtshandlungen, zu denen der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, dieselbe ebenfalls einholen muß, auch wenn der Gewalthaber das betreffende Geschäft selbständig und ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vornehmen könnte, und daß vor Erteilung der

Digitized by Google

Genehmigung zu einem solchen durch den Pfleger abgeschlossenen Geschäft unter den Voraussetzungen des § 1827 BGB. auch die Anhörung des achtzehn Jahre alten, unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes zu erfolgen hat. Das unter elterlicher Gewalt stehende Kind, für welches zur Vertretung bei einem einzelnen Rechtsgeschäfte wegen tatsächlicher oder rechtlicher Behinderung des Gewalthabers an der Vertretung des Kindes ein Pfleger bestellt ist, steht daher hinsichtlich dieser Angelegenheit einem unter Vormundschaft stehenden Mündel gleich und muß als Mündel im Sinne des § 59 Abs. 1 Satz 2 FG. angesehen werden. Denn es kann nicht angenommen werden, daß das Gesetz, soweit es den unter elterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen einem unter Vormundschaft stehenden Mündel gleichstellt und ihm ein Recht auf Anhörung vor der Entscheidung über die Genehmigung eines von dem Pfleger eingegangenen Rechtsgeschäfts einräumt, dem unter Pflegschaft stehenden Kinde das dem unter Vormundschaft stehenden Mündel im gleichen Falle als Folge seines Rechtes auf Anhörung gegebene selbständige Beschwerderecht hat versagen wollen. Der im § 59 Abs. 1 Satz 2 FG. gebrauchte Ausdruck „Mündel" steht der Anwendung dieser Vorschrift auf ein unter elterlicher Gewalt stehendes, für ein einzelnes Geschäft unter Pflegschaft gestelltes Kind nicht entgegen. Denn wenn auch im Gesetze für unter Pflegschaft gestellte Personen wiederholt der Ausdruck „Pflegebefohlene" gebraucht wird (§ 1917 Abs. 2, § 1920 BGB., § 57 Nr. 3 FG.), so ist anderseits auch im § 58 FG. die Bezeichnung Mündel für die unter Vormundschaft oder unter Pflegschaft stehenden Personen angewendet. Der Sprachgebrauch des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit schließt es demnach nicht aus, daß unter einem Mündel auch eine unter Pflegschaft stehende Person verstanden werden kann. Soweit daher ein unter elterlicher Gewalt stehendes Kind zufolge der Einleitung einer Vormundschaft oder Pflegschaft als „Mündel" zu betrachten ist, muß ihm auch das selbständige Beschwerderecht auf Grund des § 59 Abs. 1 Satz 2 FG. zugestanden werden.

Im vorliegenden Falle ist freilich bisher ein Pfleger für Johann M. nicht bestellt worden, vielmehr hat das Amtsgericht K. wegen eines angeblichen formellen Mangels des ihm unterbreiteten Vertrags von vornherein erklärt, diesen Vertrag nicht genehmigen zu können. Der Umstand, daß bisher ein Pfleger noch nicht bestellt ist, erscheint aber nicht geeignet, dem Johann M. das ihm nach der Bestellung des Pflegers zustehende selbständige Beschwerderecht zurzeit zu versagen. Denn nicht erst mit der Bestellung des Vormundes wird der Bevormundete nach dem Sprachgebrauche des Gesetzes ein „Mündel". Vielmehr werden auch der Bevormundung bedürftige Personen, bevor für sie ein Vormund bestellt ist, sowohl nach dem Sprachgebrauche des Bürgerlichen Gesetzbuchs (z. B. §§ 1787, 1846) als auch nach dem des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (z. B. § 36) als „Mündel" bezeichnet. Tatsächlich treten auch die Minderjährigen nicht erst mit der Bestellung des Vormundes unter Vormundschaft, vielmehr stehen sie von dem Zeitpunkt an, in welchem das Bedürfnis der Fürsorge für sie eintritt, unter der Vormundschaft des Staates, welcher dieselbe durch das Vormundschaftsgericht ausübt. Demgemäß bestimmt auch § 1846 BGB., daß das Vormundschaftsgericht, wenn ein Vormund noch nicht bestellt ist, die im Interesse des Mündels erforderlichen Maßregeln zu treffen hat. Besteht hiernach nach dem Wortlaute

Digitized by Google

des § 59 FG. kein Hindernis, den in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen das selbständige Beschwerderecht auch schon vor der Bestellung des Vormundes zuzugestehen, so erscheint dies nach dem Zwecke der Vorschrift um so mehr geboten, als die der gesetzlichen Vertretung entbehrenden Mündel ein größeres Interesse an der selbständigen Ausübung des Beschwerderechts haben, wie diejenigen, für welche bereits ein Vormund bestellt ist, der für sie das Beschwerderecht ausüben kann. Ist aber das selbständige Beschwerderecht eines Mündels von der vorgängigen Bestellung eines Vormundes nicht abhängig und findet anderseits die Vorschrift des § 59 Abs. 1 Satz 2 FG. auch auf unter elterlicher Gewalt stehende Kinder hinsichtlich ihrer durch einen Pfleger wahrzunehmenden Angelegenheiten Anwendung, so erscheint es unbedenklich, dem unter elterlicher Gewalt stehenden Kinde hinsichtlich derjenigen Angelegenheiten, bei denen der Gewalthaber an der Vertretung des Kindes verhindert ist, unter den Voraussetzungen des § 1827 BGB. auch schon vor der Bestellung des Pflegers das selbständige Beschwerderecht einzuräumen.

Daß endlich eine Anhörung des Johann M. im vorliegenden Falle nicht stattgefunden hat, ist gleichfalls unerheblich. Denn gerade die Unterlassung der vorgeschriebenen Anhörung des Mündels enthält eine Beeinträchtigung des Rechtes desselben, wenn auch daraus an sich eine Unwirksamkeit der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nicht folgen würde.

Es wird dann des näheren ausgeführt, daß die Beschwerde des Johann M. in der Sache begründet sei, da die Annahme, daß der Erbvertrag eine Verfügung zugunsten der Mutter des zugezogenen Dolmetschers enthalte, auf Rechtsirrtum beruhe.

Formgültigkeit eines öffentlichen Testaments, auch wenn die Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne, in der Weise abgegeben wird, daß er die im Protokolle enthaltene Feststellung, der Erblasser könne nicht schreiben, genehmigt.

§ 2242 Abs. 2 BGB.

Reichsgericht, IV. Zivilsenat, 21. März 1907. — Bd. 8 S. 174.

Veröffentlicht RG. 65, 373.

Errichtung eines eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Testaments; Einfluß der Unrichtigkeit der Angabe über den Tag der Errichtung auf die Formgültigkeit des Testaments.

§ 2231 Nr. 2 BGB.

Reichsgericht, IV. Zivilsenat, 8. Mai 1907. — Bd. 8 S. 177.

Das Landgericht stellt tatsächlich fest, daß das von der Witwe B. errichtete, mit dem Datum: „M., den 12. August 1906" versehene Testament nicht an diesem Tage, sondern, so wie es vorliegt, am 13. August 1906 von der Erblasserin niedergeschrieben und unterzeichnet worden ist. Da, wie das Reichsgericht in feststehender Rechtsprechung anerkannt hat, der Formvorschrift des § 2231 Nr. 2 BGB. nur durch Angabe des wahren Tages der Errichtung genügt wird, so ist damit zunächst die Ungültigkeit des Testaments dargetan. Zwar findet sich unmittelbar unter der Unterschrift der

Digitized by Google

Erblasserin auf demselben Blatte Papier, das zur Niederschrift des Testaments gedient hat, eine mit dem Siegel der Stadtgemeinde M. abgestempelte, unter dem Datum „M., den 13. August 1906" ausgestellte, von dem Bürgermeister R. und zwei anderen Personen unterzeichnete Beurkundung, wonach die Erblasserin in Beisein der mitunterzeichneten Zeugen erklärt hat, daß „das oben Niedergeschriebene ihr letzter Wille sei". Der Bürgermeister R. hat ferner hierneben am Rande mit der Unterschrift „M., den 13. August 1906" bescheinigt, daß „vorstehendes Testament von der Witwe B. als Testamentarin sowie von den Zeugen . . . . eigenhändig unterschrieben" sei. Allein das Oberlandesgericht Jena trägt mit Recht Bedenken, aus diesen Beurkundungen, die mangels Beobachtung wesentlicher Formvorschriften (§§ 2249, 2241, 2242 BGB.) das Testament auch als sogenanntes Dorftestament unhaltbar erscheinen lassen, den Beweis zu entnehmen, daß der 12. August von der Erblasserin nur versehentlich statt des 13. August als Tag der Errichtung angegeben worden sei. Das Oberlandesgericht glaubt jedoch, diese Feststellung könne sich daraus gewinnen lassen, daß der Bürgermeister R. bei Gelegenheit derselben dienstlichen Aeußerung vor dem Nachlaßgerichte, durch welche sich die Unrichtigkeit des von der Erblasserin niedergeschriebenen Datums herausgestellt hat, auch Angaben gemacht habe, aus denen ein derartiger Irrtum der Erblasserin hervorgehe.

Demgegenüber hält das Reichsgericht an dem RG. 64, 423 näher begründeten Rechtssatze fest: es bestehe zwar rechtlich kein Hindernis, trotz eines äußerlichen Mangels das gesetzliche Erfordernis des wahren Ortes und Tages der Errichtung als erfüllt anzusehen. Dabei sei aber vorausgesetzt, es müsse ohne weiteres, insbesondere ohne Heranziehung der gewöhnlichen Beweismittel, gelingen, die offenbar falsche Datierung durch die gewollte, bis zum Beweise des Gegenteils nunmehr als richtig anzunehmende, Datierung zu ersetzen. In dem Urteil ist dargelegt, daß dem Privattestamente des § 2231 Nr. 2 auch bezüglich der Richtigkeit des Datums auf so lange urkundliche Beweiskraft innewohnt, als der Beweis des Gegenteils nicht erbracht ist. Ist dies aber geschehen — und zu diesem Behufe stehen dem Gegenbeweisführer grundsätzlich alle Beweismittel offen (zu vergl. auch ZPO. § 415 Abs. 2, § 418 Abs. 2) — so ist damit auch die Beweiskraft der Urkunde zerstört, wenn es nicht möglich ist, sie aus sich selbst heraus in dem entscheidenden Teile dennoch richtigzustellen. Das Reichsgericht ist in dem oben bezeichneten Falle so weit gegangen, hierbei außer dem sonstigen Inhalte des Testaments auch die Verwertung offenkundiger Tatsachen für nicht grundsätzlich ausgeschlossen zu erklären. Dagegen würde es zur völligen Preisgabe der vom Gesetz als wesentliches Formerfordernis aufgestellten Urkundeneigenschaft auch des Privattestaments führen, wenn die Berichtigung der falschen Orts- und Zeitangabe auch aus Tatumständen abgeleitet werden dürfte, die erst auf Grund sonstiger Ermittelungen feststellbar wären. Dabei kann es rechtlich keinen Unterschied machen, ob jene Tatumstände schon bei Gelegenheit des Gegenbeweises gegen die im Testament angegebene Datierung oder, wie im Streitfalle, gelegentlich der gemäß § 2358 vom Nachlaßgerichte veranstalteten Ermittelungen hervorgetreten sind oder ob sie erst in einem besonderen Verfahren und mit Hilfe anderer Beweismittel erhoben werden. Das Oberlandesgericht will insbesondere darauf Gewicht legen, daß der Bürgermeister sich bei dem strittigen

Digitized by Google

Testament als Urkundsperson beteiligt habe und will deshalb seine dienstliche Aeußerung auch insofern mit beachten, als sie zugleich die Art des der Erblasserin untergelaufenen Irrtums aufkläre. Allein dabei ist übersehen, daß das Testament der Witwe B., wenn überhaupt als letzter Wille, dann nur als Privattestament in Betracht kommen kann und daß bei dieser Testamentsform die Mitwirkung irgendwelcher anderer Personen, von dem hier nicht interessierenden § 2248 abgesehen, schon begriffsmäßig ausgeschlossen ist.

Erweisen sich hiernach die Gründe an sich als zutreffend, aus denen das Amtsgericht Z. unter Billigung des Landgerichts den Antrag der in dem streitigen Testament als Erben eingesetzten Beschwerdeführer zurückgewiesen hat, ihnen den Erbschein zu erteilen und gewisse Eintragungen im Grundbuche vorzunehmen, so kann das Verlangen der Beschwerdeführer gleichwohl noch nicht endgültig als ungerechtfertigt bezeichnet werden. Das Landgericht trifft nämlich weiter die Feststellung, daß ein gleichlautendes Testament, das die Erblasserin am 12. August 1906 geschrieben und unterschrieben hat, nicht mehr vorhanden ist. Anscheinend ist dabei übersehen, daß nach § 2356 Abs. 1 die Unmöglichkeit, die das Erbrecht der Antragsteller ergebende Testamentsurkunde vorzulegen, kein Hindernis für die Erteilung des Erbscheins bildet, wenn das Vorhandensein einer gültigen letztwilligen Verfügung mit anderen Beweismitteln dargetan werden kann. Hatte die Erblasserin die Antragsteller bereits am 12. August 1906 in einem formgerechten Testamente zu Erben eingesetzt, so hat sie dieses Testament keinesfalls dadurch aufgehoben, daß sie tags darauf ein zweites hiermit gleichlautendes Testament, das wegen Formmangel überdies nichtig ist, errichtet hat (§ 2258). Sogar, wenn sie das frühere Testament, worüber bisher alle Feststellungen fehlen, selbst vernichtet hätte, so wäre doch nach § 2255 Abs. 2 nur eine Vermutung dafür begründet, daß sie die Aufhebung des Testaments beabsichtigt hätte, und diese Vermutung könnte im Laufe des im § 2358 geordneten Ermittelungsverfahrens mit allen zulässigen Beweismitteln widerlegt werden. In dieser Richtung bedarf es deshalb einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts und zu diesem Zwecke mußte auf die weitere Beschwerde so, wie geschehen, erkannt werden.

Einfluß der Unkenntnis des Erben über seine Berufung auf den Beginn der Ausschlagungsfrist, wenn die Unkenntnis auf Rechtsirrtum beruht.

§ 1944 BGB.

Kammergericht Berlin, 23. Januar 1907. — Bd. 8 S. 181.

Als gesetzliche Erben des ohne Hinterlassung von Deszendenz am 7. April 1906 zu Berlin verstorbenen Erhard W. waren, nachdem die im Testamente zur Alleinerbin eingesetzte Witwe des Erblassers die Erbschaft ausgeschlagen hatte, die Geschwister des Erblassers, Frau Margarete G., geborene W., und Werner W. berufen. Werner W. hat durch eine am 22. Mai 1906 bei dem Nachlaßgericht eingegangene notarielle Erklärung für sich ebenfalls die Erbschaft in den Nachlaß seines Bruders ausgeschlagen. Frau Margarete G. beantragte darauf die Ausstellung eines Erbscheins dahin, daß sie alleinige Erbin des Erhard W. geworden sei. Das Nachlaßgericht fragte mittels Verfügung vom 30. August 1906 bei dem Notar B., von dem die Erklärungen

Digitized by Google

des Werner W. und der Frau G. beurkundet und dem Gericht eingereicht waren, an, ob Werner W. Kinder habe, da diese an seiner Statt Miterben nach Erhard W. geworden sein würden. Darauf ging am 21. September 1906 bei dem Nachlaßgericht eine notarielle Erklärung des Werner W. ein, mit welcher er namens seiner Kinder, einer am 28. Februar 1904 geborenen Tochter und eines am 31. Juli 1906 geborenen Sohnes, die Erbschaft in den Nachlaß des Erhard W. ausschlug. In Erledigung einer von dem Nachlaßgerichte gemachten Auflage reichte der Notar B. ferner eine eidesstattliche Erklärung des Werner W. ein, daß er erst durch die gerichtliche Verfügung vom 30. August 1906 erfahren habe, daß seine beiden Kinder infolge seiner eigenen Erbentsagung Miterben nach Erhard W. geworden seien. Das Amtsgericht eröffnete demnächst dem Notar B., daß die Ausschlagung der Erbschaft namens der Geschwister W. verspätet und daher unwirksam sei, da die Ausschlagungsfrist mit dem 30. Juni 1906 abgelaufen und die Anfechtung der Versäumung dieser Frist wegen eines auf Rechtsunkenntnis beruhenden Irrtums des Werner W. unstatthaft sei, und daß daher anheimgestellt werde, den Antrag auf Erteilung des Erbscheins entsprechend zu ändern. Das Landgericht hat sich diesen Ausführungen angeschlossen und die Beschwerde des Notars B. gegen die Verfügung des Amtsgerichts zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen aus folgenden Gründen:

Mit Recht hat das Nachlaßgericht vor der Erteilung des von Frau G. beantragten Erbscheins, daß sie alleinige Erbin des Erhard W. geworden sei, zunächst Ermittelnngen darüber angestellt, ob Werner W. Kinder habe, da diese zufolge der von ihm erklärten Ausschlagung der Erbschaft an seiner Statt als Erben berufen waren (§ 1925, § 1953 Abs. 1, 2). Nachdem das Vorhandensein zweier zur Erbschaft berufener Kinder des Werner W. festgestellt war, hatte sich die Prüfung des Nachlaßgerichts auch auf die Wirksamkeit der namens dieser beiden Erben erklärten Erbschaftsausschlagung zu erstrecken. Denn ist diese Ausschlagungserklärung aus irgendeinem Grunde unwirksam, so sind die Kinder des Werner W. neben Frau G. Erben des Erhard W. in der zweiten Ordnung geworden und in diesem Falle kann der Erbschein nach Erhard W. mit dem von Frau G. beantragten Inhalte nicht erteilt werden. Die Vorinstanzen sind nun zu einer Verneinung der Wirksamkeit der Ausschlagung der Erbschaft durch die Geschwister W. gelangt, indem sie die am 21. September 1906 eingegangene Ausschlagungserklärung für verspätet angesehen haben. Dieser Entscheidung der Vorinstanzen liegt jedoch eine Verletzung der Vorschrift des § 1944 zugrunde.

Nach § 1944 beginnt die sechswöchige Frist, innerhalb deren die Ausschlagung erfolgen muß, mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt. Da erst die Ausschlagung der Erbschaft von seiten des Werner W. selbst den Anfall an seine Kinder zur Folge hatte, so konnte die Ausschlagungsfrist gegen die Kinder erst mit dem Zeitpunkt ihrer Kenntnis von der Erbschaftsausschlagung ihres Vaters zu laufen beginnen. Nach § 1945 ist die Ausschlagungserklärung des Werner W. mit ihrem am 22. Mai 1906 geschehenen Eingange bei dem Nachlaßgericht als wirksam abgegeben anzusehen, also länger als sechs Wochen

Digitized by Google

vor der am 21. September 1906 namens der Geschwister W. abgegebenen Ausschlagungserklärung erfolgt. Es fragt sich daher, in welchem Zeitpunkte die an seiner Stelle berufenen Kinder von dem Anfalle der Erbschaft an sie Kenntnis erlangt haben. Maßgebend ist hierfür, da die Kinder des Werner W. minderjährig sind und unter seiner elterlichen Gewalt stehen, die Kenntnis des Werner W. selbst als des gesetzlichen Vertreters seiner Kinder (RJA. 5, 146). Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß gegen den erst am 31. Juli 1906 geborenen Sohn die Ausschlagungsfrist nicht vor seiner Geburt, daher gemäß § 187 Abs. 1 BGB. frühestens mit dem 1. August 1906 zu laufen beginnen konnte. Denn erst von dem Zeitpunkte der Geburt an stand die Berufung dieses Sohnes zum Erben fest und konnte für ihn die Ausschlagung der Erbschaft erklärt werden. Vor seiner Geburt war er nicht Erbe und konnte er insbesondere durch die Erbschaftsausschlagung seines Vaters nicht Erbe werden, vielmehr wurde ihm nur sein Erbrecht für den Fall, daß er lebendig zur Welt kam, vorbehalten (§§ 1, 1923 BGB.) und es trat der Erbfall, wenn er auch in seinen rechtlichen Wirkungen auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen wurde, erst mit der Vollendung der Geburt des Sohnes ein (Motive 1, 29). Vor der Geburt konnte daher der Vater auch keine Kenntnis von dem erst mit der Geburt eintretenden Erbanfall an diesen Sohn haben. Werner W. hat nun unter Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung behauptet, daß er erst durch die gerichtliche Verfügung vom 30. August 1906 davon Kenntnis erlangt habe, daß infolge seiner eigenen Ausschlagung der Erbschaft seine Kinder an seiner Stelle zu Erben des Erhard W. berufen gewesen seien. Bis dahin will er in dem Glauben gewesen sein, daß seine Erbschaftsausschlagung zur Folge habe, daß seine Schwester Frau G. alleinige Erbin geworden sei. Die Vorinstanzen haben diese Behauptung des Werner W. für unerheblich erachtet, indem sie einen etwa bei Werner W. hinsichtlich der Berufung seiner Kinder bestehenden Rechtsirrtum für unbeachtlich und für die Hemmung des Beginns des Laufes der Ausschlagungsfrist als ungeeignet erklären. Diese Ansicht der Vorinstanzen beruht auf unrichtiger Auslegung des § 1944 BGB.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt die auf Fahrlässigkeit oder Rechtsirrtum beruhende Unkenntnis nicht grundsätzlich der Kenntnis gleich, soweit die Kenntnis gewisser Tatsachen für den Eintritt bestimmter Rechtsfolgen vorausgesetzt ist. Wenn demnach § 1944 BGB. für den Beginn des Laufes der Ausschlagungsfrist die Kenntnis des Erben von dem Anfall und dem Grunde der Berufung erfordert, so muß angenommen werden, daß jede Unkenntnis des Erben in einer der angegebenen Beziehungen den Beginn des Fristlaufs hemmt. Befindet sich aber der Erbe infolge eines Rechtsirrtums in Unkenntnis von seiner Berufung, so fehlt ihm die Kenntnis von dem an ihn geschehenen Erbfalle. Nach § 1944 BGB. wird nicht nur die Kenntnis der Tatsachen, welche kraft Gesetzes den Anfall der Erbschaft zur Folge haben, sondern die Kenntnis von dem Anfall als Voraussetzung des Fristbeginns erfordert. Der Erbe muß daher wissen, daß er als Erbe berufen ist, wenn gegen ihn der Lauf der Ausschlagungsfrist beginnen soll. Allerdings wird, wenn dem Erben die seine Berufung zur Erbschaft begründenden Tatsachen sämtlich bekannt gewesen sind, nicht noch der fernere Nachweis erforderlich sein, daß der Erbe auch den als Rechtsfolge jener ihm bekannten Tatsachen eintretenden Erbanfall

Digitized by Google

an ihn gekannt hat. Vielmehr darf diese Kenntnis des Erben, da Gesetzesunkenntnis nicht vermutet werden kann, so lange vorausgesetzt werden, bis er den Nachweis der Unkenntnis des Erbanfalls an ihn erbringt. Für diese Auslegung der Vorschrift des § 1944 BGB. spricht außer dem Wortlaut auch die Entstehungsgeschichte. Denn nach den Motiven (5, 499) soll jeder Irrtum, welcher die Kenntnis von dem Anfalle hindert, und selbst der Rechtsirrtum, welcher auf Nichtkenntnis der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften beruht, den Beginn der Frist hemmen. Dieser Standpunkt der Motive ist, wie die Protokolle ergeben, von der zweiten Kommission gebilligt worden.

Demnach würde die Kenntnis des Werner W. von der von ihm für sich selbst abgegebenen Ausschlagungserklärung den Lauf der Ausschlagungsfrist gegen seine Kinder so lange nicht haben in Lauf setzen können, als ihm unbekannt geblieben ist, daß infolge seiner Erbschaftsausschlagung seine Kinder zur Erbschaft berufen waren. Der Nachweis dieser Unkenntnis von der Berufung seiner Kinder liegt aber dem Werner W. als deren Vertreter und im vorliegenden Falle der Frau G. als der Antragstellerin auf Erteilung des Erbscheins ob. Die von dem Amtsgerichte zwecks Erbringung dieses Nachweises erforderte eidesstattliche Versicherung des Werner W. ist von dem Notar B. in Vertretung der Frau G. beigebracht worden. Das Amtsgericht hätte daher nunmehr in eine Prüfung der Frage eintreten müssen, ob auf Grund dieser eidesstattlichen Versicherung unter Berücksichtigung aller anderen in Betracht kommenden Umstände, insbesondere des Standes des Nachlasses und der Tatsache, daß sowohl die im Testamente des Erblassers als Erbin eingesetzte Ehefrau als auch demnächst Werner W. für sich selbst bereits die Erbschaft ausgeschlagen hatten, der Nachweis der Unkenntnis des Werner W. von dem Erbanfall an seine Kinder hinreichend erbracht und auch bewiesen sei, daß Werner W. die Berufung seiner Kinder als Erben nicht länger als sechs Wochen vor dem 21. September 1906 in Erfahrung gebracht habe. Da beide Vorinstanzen eine Prüfung in dieser Hinsicht infolge unrichtiger Auslegung des § 1944 BGB. unterlassen haben, eine Beweiswürdigung durch das Gericht dritter Instanz aber nicht erfolgen kann, so muß die Sache unter Aufhebung der Vorentscheidung zum anderweitigen Befinden auf den Antrag der Frau G. wegen Erteilung des Erbscheins über ihr alleiniges Erbrecht nach Erhard W. an das Amtsgericht zurückverwiesen werden.

Digitized by Google

Verzeichnis

der vom Reichsjustizamte zusammengestellten, in diesem Bande enthaltenen Entscheidungen, unter Angabe der darin zur Geltung gebrachten Rechtsansichten.

		Seite
1.	Rückgabe des eigenhändigen Testaments nach dessen Ablieferung nach dem Tode des Erblassers ist unzulässig	1
2.	Kein Formverstoß, wenn in der Urkunde der Schlußfeststellungsvermerk der Unterschrift der Beteiligten nachfolgt	2
3.	Der Grundbuchrichter hat die nacheingetragenen Hypothekengläubiger von Löschungen zu benachrichtigen, die zu ihren Gunsten erfolgen	2
4.	Der Grundbuchrichter hat bei der Auflassung das Kausalgeschäft nicht zu beachten	6
5.	Der Grundbuchrichter hat Zweifeln an der Vertretungsmacht des Bevollmächtigten auch bei vorliegender Vollmacht nachzugehen	7
6.	Auf den Ausdruck „Vormerkung" kommt beim Eintrag einer Vormerkung nichts an. Subjektiv dingliche Vormerkungen sind unzulässig	10
7.	Arresteintrag unzulässig, wenn nach Hebung eines Hindernisses die Frist des § 929 ZPO. verstrichen ist. Eintrag des Widerspruchs setzt Feststellung der Unrichtigkeit des Buchs voraus. Verzinslichkeit bei Höchstbetragshypotheken unzulässig, eventuell Wirkung nur in der Beschränkung auf den Höchstbetrag	14
8.	Anordnungen des Vormundschaftsgerichts nach § 1635 BGB. sind auch während eines anhängigen Erziehungsstreits zulässig; vorangehen können Beweiserhebungen ohne Zuziehung der Eltern	19
9.	Aufhebung der Pflegschaft eines geisteskranken Volljährigen auf dessen Antrag, wenn er die Tragweite des Antrags versteht	19
10.	Versagung der Genehmigung eines Adoptionsvertrages, wenn Zweifel an dessen Gültigkeit bestehen	21
11.	Im Erbscheinverfahren genügt zum Nachweis der ehelichen Abstammung eines Kindes die Geburtsurkunde; Heiratsurkunde der Eltern nicht erforderlich	23
12.	Dem Miterben ist ein besonderer Erbschein auszustellen, auch wenn Erhöhung des Erbteils durch Miterbenwegfall möglich ist	24
13.	Fällt der Antragsteller als Erbe fort und ist der dann berufene Erbe mit der Fortsetzung der Nachlaßverwaltung nicht einverstanden, so wird beider Recht beeinträchtigt	26
14.	Beschwerde ist auch gegen Zwischenverfügungen zulässig	33
15.	Das Nachlaßgericht kann auch nach Beendigung der Nachlaßpflegschaft den Pfleger zur Rechnungslegung durch Strafen anhalten	33

Digitized by Google

Seite

16. Versicherungsunternehmungen auf Gegenseitigkeit sind nicht in der Form eingetragener Genossenschaften zulässig. Bei der Spiegelscheibenversicherung kann daraus, daß der Ersatzwert bestimmt ist, nichts für einen Rechtsanspruch der Beteiligten gefolgert worden 37

17. Die Klage des Genossen auf Aufhebung seiner Ausschließung fällt nicht unter § 51 GenG. 41

18. § 1178 BGB. hat nur die Kosten im Auge, auf die sich die Hypothek von selbst erstreckt, die nicht eintragungsbedürftig sind 42

19. Bestellt der Vater beim Erwerbe eines Grundstücks für das Kind eine Kaufgeldhypothek, so bedarf er der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung 44

20. Der beurkundende Notar ist nach § 15 GBO. beschwerdeberechtigt, auch wenn die Beteiligten in der Urkunde selbst die Eintragung beantragt haben 46

21. Der nicht eingetragene abtretende Hypothekengläubiger legitimiert sich durch beglaubigte Abtretungserklärung und Besitz des Briefes. Besitz ist nachgewiesen, wenn der Notar den Brief für ihn einreicht 48

22. Vormerkung zugunsten des jeweiligen Hypothekengläubigers ist zulässig . 51

23. Eine vom Eigentümer erworbene Hypothek kann auf den Namen eines neuen Gläubigers ohne die Feststellung umgeschrieben werden, ob sie als Eigentümerhypothek oder als Eigentümergrundschuld erworben war . . 56

24. Nicht jede Vertragsstrafe ist eintragungsfähige Nebenleistung der Hypothek. Der Höchstbetrag der Nebenleistungen muß aus dem Buch ersichtlich sein 59

25. Bestellung eines Pflegers für das Kind bei dem Verfahren des Vormundschaftsgerichts nach § 1636 BGB. nicht erforderlich 63

26. Keine Bindung an eine Vereinbarung im Erbteilungsverfahren, wenn auf den Antrag eines Nichterschienenen neuer Termin bestimmt ist und in diesem verhandelt wird 63

27. § 95 FG. ist nicht gegeben, wenn Vorschläge der Beteiligten nur in schriftlichen Eingaben erfolgen 65

28. Zuweisung der Erbschaft an den Fiskus ausgeschlossen, wenn ein von der Erbfolge nicht ausgeschlossener Verwandter vorhanden ist 66

29. Der Zeuge kann das Testament auch neben, nicht nur unter der Unterschrift des Erlassers unterschreiben 69

30. Erbunwürdigkeit ist nur durch Urteil feststellbar 70

31. Der Gläubiger hat kein im Wege der Beschwerde verfolgbares Recht auf Richtigstellung der Firma seines Schuldners 71

32. Gegen fälschliche Bezeichnung als Meister im Register kann die Handwerkskammer Antrag und Beschwerde bei Gericht einreichen 74

33. Nach eingetretener Beendigung der G. m. b. H. ist eine Verlängerung der Gesellschaftsdauer ausgeschlossen 77

34. Der befreite Vorerbe kann das Nachlaßgrundstück an seinen Miterben ohne Zustimmung des Nacherben und ohne Eintragung von Vor- und Nacherbschaft auflassen, wenn er damit einer letztwilligen Anordnung des Erblassers nachkommt 80

35. Der Vater bedarf zu der Erklärung, durch die er das Kind der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung 82

36. Uebertragung der Maximalhypothek auf die abgetretene persönliche Forderung ist zulässig, auch wenn sich infolge der Abtretung die Hypothek in eine Eigentümergrundschuld verwandelt hätte. Zur Eintragung des neuen Gläubigers bedarf es nicht des Nachweises seiner Einwilligung 85

37. Generalversammlungsbeschlüsse der Aktiengesellschaft sind ungültig, wenn die Belege über die Berufung der Versammlung nicht nach § 259 HGB. festgestellt sind 90

Digitized by Google

Seite

38. Widersprüche gegen die Beschlüsse der G. m. b. H. sind nicht im Wege der Beschwerde gegen die Eintragung der Beschlüsse, sondern nur durch Klage verfolgbar 95

39. Eine Hypothek kann mit dem Vorbehalt eingetragen werden, daß der Eigentümer im Falle der Löschung der voreingetragenen Hypotheken andere Hypotheken an deren Stelle eintragen lassen darf; nachträglicher Eintrag aber nur mit Zustimmung des betroffenen Hypothekengläubigers . . . 98

40. Erweiterung einer Hypothek durch nachträgliche Festsetzung von Nebenleistungen anderer Art als Zinsen ist mit Zustimmung der nacheingetragenen Hypothekengläubiger zulässig; sie ist durch Vermerk bei der Hypothek einzutragen 102

41. Bei Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers hat das Grundbuchamt den Nachweis für die Unrichtigkeit zu prüfen, auch wenn der eingetragene und der einzutragende Eigentümer die Eintragung beantragen und bewilligen 107

42. Tilgt der Vorerbe eine Hypothek aus den Mitteln des Nachlasses, so bedarf er doch zur Löschung die Zustimmung des Nacherben. Der Antrag des Vorerben auf Löschung ist eine Verfügung über die Hypothek, die das Recht des Nacherben beeinträchtigen kann 110

43. Bei Eintrag der Verpfändung einer Hypothek ist Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig. Die Verpfändungserklärung ist nicht mit dem Brief zu verbinden 112

44. Zur Entgegennahme der Auflassung für das Kind braucht der Vater keine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung 116

45. Soll ein Geisteskranker einen Pfleger erhalten, so bedarf es dazu nicht seiner Einwilligung 118

46. Die uneheliche Mutter hat keine Beschwerde gegen die Bestellung eines Dritten zum Vormund ihres Kindes, wenn sie behauptet, ihr stehe ein Recht auf die Vormundschaft zu 120

47. Meinungsverschiedenheiten zwischen der wiederverheirateten Mutter und dem Vormund in Fragen, die Person und Vermögen der Kinder betreffen, entscheidet das Vormundschaftsgericht 120

48. Beim Erwerb eines Erbanteils ist der Erbschein doch immer auf den ursprünglichen Miterben auszustellen, die Veräußerung auch nicht zusätzlich zu erwähnen 123

49. Ein Zeugnis über die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes ist nach den Vorschriften über das Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen . . . 123

50. Nachlaßgläubiger können sich über die Vergütung des Nachlaßpflegers beschweren, auch nach der Konkurseröffnung über den Nachlaß 125

51. Hat ein Nachlaßgläubiger den Antrag auf Nachlaßpflegschaft nach § 1961 gestellt, so hat das Nachlaßgericht von Amts wegen zu erörtern, ob die Voraussetzungen für die Pflegschaft vorliegen 126

52. Zur Erteilung des Erbscheins an den Vorerben sind keine eidesstattlichen Versicherungen des Nacherben nötig 128

53. Bestellung eines Nachlaßverwalters bedeutet Anordnung der Nachlaßverwaltung. Nachlaßverwaltung auch bei Ueberschuldung zulässig . . . 130

54. Der Erbe, der erst nach Erreichung eines bestimmten Alters nach dem Testament über den Nachlaß verfügen soll, kann doch alsbald einen Erbschein verlangen. Der Erbschein hat die Ernennung des Testamentsvollstreckers zu enthalten, auch wenn der Vollstrecker abgelehnt hat und niemand an die Stelle getreten ist 131

55. Der Notar kann nicht Versendung eines von ihm beurkundeten, amtlich verwahrten Testaments an das Amtsgericht des Wohnsitzes verlangen . 134

Digitized by Google

Seite

56. Hat der Mann der schuldigen geschiedenen Frau die Führung seines Namens verboten, so kann die Frau für das unter ihrem bisherigen Namen geführte Geschäft als Firma nur ihren Familiennamen anmelden 135

57. Dem Antrag der Frau, die Ausschließung der Schlüsselgewalt aufzuheben, ist nur stattzugeben, wenn der Beweis erbracht ist, daß der Mann sein Recht mißbraucht 137

58. Lediglich auf Grund der Löschungsbewilligung kann der Eigentümer nicht über die Hypothek durch Abtretung verfügen 138

59. Eine vor Konkurseröffnung vom Cridar bewilligte Auflassungsvormerkung ist einzutragen, auch wenn der Eintragungsantrag erst nach der Konkurseröffnung gestellt ist 138

60. Die Rechte aus einem Rangvorbehalte sind unpfändbar 143

61. Der Gläubiger mehrerer Hypotheken hat ein Recht auf einen gemeinschaftlichen Hyp.-Brief. Dieser hat die gegenwärtige Lage des Grundbuchs wiederzugeben 145

62. Bei Erhöhung des Hypothekenzinssatzes auf 5 Proz. ist die Zustimmung der übrigen Berechtigten nur hinsichtlich künftiger Zinsen entbehrlich . . 147

63. Miteigentümer zu Bruchteilen erwerben eine Eigentümergrundschuld zu ihren Anteilen. Jeder kann ohne Zustimmung des anderen über den Teil der Forderung verfügen 148

64. Die Bestimmung, daß der Hyp.-Gläubiger Befriedigung zunächst aus dem Grundstück suchen müsse, ist eintragsfähig 150

65. Nach dem Zuschlag, aber vor der Grundbuchberichtigung vom Eigentümer bewilligte Hypotheken sind wirksam, aber den für die Forderung gegen den Ersteher eingetragenen Sicherungshypotheken gebührt der Vorrang . . . 151

66. Eintragung einer Rangänderung, durch die einem Nachhypothekar der Vorrang vor dem jeweils getilgten Teil einer Vorhypothek beigelegt wird, ist unzulässig 156

67. Der Antrag eines Geisteskranken, die für ihn angeordnete Pflegschaft aufzuheben, ist unbeachtlich 160

68. § 1667 BGB. läßt auch nicht teilweise oder beschränkte Entziehung der Vermögensverwaltung des Vaters zu 161

69. § 1666 Abs. 2 ordnet einen selbständigen, von Abs. 1 unabhängigen Tatbestand. Müßiggang des Vaters allein verletzt nicht das Recht des Kindes auf Unterhalt 165

70. Ueber die Kosten des Verkehrs zwischen Kind und geschiedener Mutter hat das Vormundschaftsgericht nicht zu befinden 168

71. Sicherheitsleistung des Vaters bei Gefährdung des Kindesvermögens anordenbar, auch wenn der Vater kein Vermögen hat. Nichtleistung der Sicherheit führt zur Entziehung der Vermögensverwaltung 169

72. Die Mutter ist verpflichtet, dem Vormundschaftsgericht ein Verzeichnis über die ihr als befreiter Vorerbin zugefallene Erbschaft des Mannes einzureichen, wenn das in ihrer Gewalt stehende Kind nacherbt 171

73. Nachlaßpfleger für unbekannten Erben ist nicht zu bestellen, wenn nur ungewiß ist, wer von mehreren Prätendenten Erbe ist 171

74. Jeder Miterbe kann vom Nachlaßgericht Aufnahme eines Inventars verlangen 175

75. Das Registergericht hat bei der Beitrittsanmeldung von Genossen die Wirksamkeit der Zulassung nicht zu prüfen 179

76. Der Testamentsvollstrecker kann für die Erben keinen Gesellschaftsvertrag (G. m. b. H.) schließen 182

77. Aenderungen des Vereinsvorstandes kann ein Bevollmächtigter anmelden. Grundsätzlich genügt eine Vollmacht zur Bewirkung von Anmeldungen 185

Digitized by Google

Seite

78. Die Pfändung einer durch Gesamthypothek gesicherten Forderung nur mit dem Hypothekenrecht an einem der belasteten Grundstücke ist unzulässig . 188

79. Der Grundbuchrichter hat bei Bewilligungen von Eintragungen des Testamentsvollstreckers zu prüfen, daß keine unentgeltliche Verfügung vorliegt. Der Indizienbeweis genügt 191

80. Ist ein Anspruch auf Löschung von Vorhypotheken für den Fall, daß der Eigentümer sie erwirbt, durch Vormerkung gesichert, so ist der Eigentümer doch formell befugt, die Eigentümer-Grundschuld abzutreten 200

81. Wer ein Ausschlußurteil bezüglich eines Grundschuldbriefs erwirbt, erhält den neuen Brief auf den Namen des eingetragenen Gläubigers, auf den seinigen nur nach Berichtigung des Buchs 203

82. Benachrichtigungen des Grundbuchamts müssen auf Verlangen an den Bevollmächtigten gehen 204

83. Nachweisungen zwecks Buchberichtigung müssen das Grundstück nach § 28 GBO. bezeichnen 205

84. Der Waisenrat ist beschw erdeberetigt, wenn der nach § 1666 Abs. 2 gestellte Antrag, dem Vater auch die Vermögensverwaltung zu entziehen, abgelehnt ist 208

85. Auch das unter Pflegschaft gestellte Kind ist Mündel im Sinne von § 59 FG. Satz 2. Das Beschwerderecht besteht schon vor Einleitung der Pflegschaft 211

86. Die Testamentsform in § 2242 Abs. 2 wird gewahrt, wenn der Erblasser die Feststellung, daß er nicht schreiben könne, genehmigt 214

87. Ein Privattestament ist ungültig, auch wenn bei der Feststellung des falschen Datums das richtige Datum erkannt wird. Auch ein vernichtetes Testament kann unter Umständen noch gelten 214

88. Unkenntnis vom Erbanfall besteht auch, wenn der Berufene zwar die Tatsachen kennt, sich aber in einem Rechtsirrtum befindet 216

Ex. J.C
12/63/09

Digitized by Google

APR 10 1909

Blätter

für

Rechtspflege

in Thüringen und Anhalt

herausgegeben

von

Dr. V. Sammer,
Oberlandesgerichtsrat in Jena.

Der ganzen Folge 56. Band.
Neue Folge XXXVI. Band.

Erstes Heft.

Jena,
Druck und Verlag von Hermann Pohle,
Großherzogl. Sächs. Hofbuchdruckerei.
1909.

Ausgegeben am 10. März 1909.

Digitized by Google

Inhalt des ersten Heftes.

Seite

Du Chesne, Gegenstand der Pfändung 1

Entscheidungen des Oberlandesgerichts Jena.

Bürgerliches Recht und Verfahren: Stockwerkseigentum (Mgn.). — Legitimation der Frau zur Klage auf Pachtzinsen. — Schiedsgutachterernennung durch Gerichte. — Besteuerung ausländischer Arbeitsvergütung als Aufsichtsrat (Weimar). — Gläubigerkonkurrenz ein Arrestgrund für Individualansprüche. — Vergleiche ändern nicht die Kostenentscheidungen. — Gebühren für gerichtliche Verwahrung notarieller Testamente (Cob. Gotha). — Gerichtsstand der Gewerkschaft. — Vorschüsse des Mannes an die Frau in Ehesachen. — Stempel für Abschriftbeglaubigung (Altbg.). — Vollstreckung eines Titels auf Auflassung nach Uebergang des Eigentums auf Dritte 11

Strafrecht und Strafverfahren: Geraer Ortsstatut über Plakatwesen gültig? — Wahrnehmung berechtigter Interessen bei geheimen Wahlen. — Kenntnis beim Strafantrag. — Eventualdolus des Redakteurs bei § 20 des Preßgesetzes. — Streikvergehen und Nötigung in Konkurrenz. — Gültigkeit von Polizeiverordnungen, die Dampfpfeifen verbieten. — Komplikation in der Frage der Revisionszulässigkeit durch Wiedereinsetzungstatbestand 45

Veränderungen im Bestande der Thüringer Gerichtsbeamten (Helmrich) 66
im Bestande der Rechtsanwälte 70

Prüfungen der Assessoren und Referendare beim Oberlandesgericht Jena 1908 (Helmrich) 70

Bücherbesprechungen:

Rumpf, Gesetz und Richter 73
Verhandlungen des 29. Juristentags 75
Michaelis, Homosexualität 79
Hirschfeld, Zeitschr. f. Sexualwissenschaft 79
Marderſteig, G., Weim. Jagdrecht 80

Digitized by Google

Verlag von Hermann Pohle in Jena.

Die Staatseinrichtungen

im

Grossherzogtum Sachsen-Weimar-Eisenach.

Ein Hand- und Nachschlagebuch.

16 Bg. gr. 8°. Preis broschiert 4 Mark.

Das Werk hat folgenden Inhalt:

Einleitung (Allgemeine Grundlagen).

I. Das Staatsoberhaupt.

A. Als Inhaber der Staatsgewalt. B. Nachfolge und Vertretung in der Regierung. C. Erteilung der Gesetzeskraft und Verordnungsrecht. D. Der Großherzogl. Hofstaat.

II. Der Staatskörper.

A. Die Staatsangehörigen. B. Die politischen Gemeinden. C. Der Landtag. D. Freie und gebotene Gesellschaftsverbände.

III. Einrichtung der Staatsämter.

A. Die Staats- und Gemeindebeamten. B. Die Staatsämter der Regierung im Staatsministerium. C. Abteilungen des Staatsministeriums, deren Behörden und Beamten. 1) Departement des Großherzogl. Hauses, des Aeußern und des Innern. 2) Departement der Justiz. 3) Departement des Kultus. 4) Departement der Finanzen.

Verlag von Hermann Pohle, Jena.

In meinem Verlage erschien:

Das Staatsrecht

des

Herzogtums

Sachsen-Meiningen.

Nach den erlassenen Gesetzen und Verordnungen systematisch dargestellt

von

Amtsrichter **Goerkel**

in Camburg a./S.

Preis: 2 Mark.

Digitized by Google

Für die

gerichtliche Praxis wichtige Erlasse

des

Großherzogl. Sachs.-Weimar. Staatsministeriums

Departement der Justiz.

1. Heft.

Preis 25 Pfg.

Um die Benutzung der S. 193 Bd. 44 (N. F. XXIV) der „Blätter für Rechtspflege" abgedruckten „Oberbehördlichen Erlasse" den geehrten Lesern zu erleichtern, habe ich unter vorstehendem Titel eine Separatausgabe hergestellt, welche von allen Buchhandlungen und von der Verlagshandlung zu obigem Preise zu beziehen ist.

Zur Lehre von der Beleidigung

für die

Rechtsübung.

Von

Dr. H. Ortloff

Landgerichtsrat a. D.

Preis brosch. 3 Mark.

Rechtsfragen

zu den

Verboten

sozialdemokratischer Versammlungen

im Großherzogtum Sachsen-Weimar-Eisenach

von

V. Böngen,

Senatspräsident in Jena.

Preis brosch. 60 Pfg.

Diesem Hefte sind beigefügt: Ein Prospekt der **Verlagsbuchhandlung J. Guttentag, G. m. b. H., Berlin W. 35** betr. **Bewährte Lehr- und Hilfsbücher für das Rechtsstudium und die juristische Praxis,** sowie eine Bestellkarte der **Roßberg'schen Verlagsbuchhandlung, Arthur Roßberg, Leipzig** betr. **Warneyers Jahrbücher,** auf die wir besonders aufmerksam machen.

Digitized by Google

1909

Blätter

für

Rechtspflege

in Thüringen und Anhalt

herausgegeben

von

Dr. P. Sammer,
Oberlandesgerichtsrat in Jena.

Der ganzen Folge 56. Band.
Neue Folge XXXVI. Band.

Zweites Heft.

Jena,
Druck und Verlag von Hermann Pohle,
Großherzogl. Sächs. Hofbuchdruckerei.
1909.

Ausgegeben am 30. Juni 1909.

Digitized by Google

Inhalt des zweiten Heftes.

Seite

Steinhäuser, Grundbuchberichtigungszwang 81

Busch, Können die Erben des Grundstückseigentümers durch landesrechtliche Vorschrift auch gegen ihren Willen als neue Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden? 92

Entscheidungen des Oberlandesgerichts Jena.

Bürgerliches Recht und Verfahren: Unterlassungsklage bei übler Nachrede. — Erfordernisse der Konkurseröffnung bei Wirtschaftsgenossenschaft; Beschränkung der Zahlungspflicht der Genossen nach Konkurseröffnung auf rückständige Einlagen. — Enteignung nach Altenb. Fluchtliniengesetz 96

Strafrecht und Strafverfahren: Ruhestörender Lärm. — Oeffentliche Vereinsversammlung. — Ersuchen um Befragung des Angeklagten wegen Antrags nach § 232 StPO. ein Rechtshülfefall. — Beginn der Wiedereinsetzungsfrist. — Vorsatz bei Sachbeschädigung. — Aergernis-erregung bei Tierquälerei 127

Entscheidungen des Amtsgerichts Jena.

Rabattsparverein kein Idealverein. — Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb eines Vereins. — Eröffnung eines widerrufenen Testaments. — Unzulässigkeit der Uebertragung von Anordnungen nach § 627 ZPO. auf das Vormundschaftsgericht 140

Bücherbesprechungen:

Oetker, Strafe und Lohn 155
Hitzig, Grenzen des Erbrechts 155
Hitzig, Papyrusrecht 156
Ortloff, Unternehmerverbände 156
Nebinger, Nicht rechtmäßiger Pfandverkauf 156
Baillant. Forstrügeverfahren 157
Jäckel, Zw. V. 158
Falkmann, Anfechtung 158
Sello, Hauprozeß 158
Joachim-Walter, RAGBO. 159
Friedländer, Rechtsanwaltsordnung 159
Sörgel, Jahrb. f. VerwR. 159
Helmrich, Ortsverzeichnis 160
Neumann, RGRspr. 160
v. Staudinger, BGB. 160
Achilles-Greiff, BGB. 160

Digitized by Google

Verlag von Gustav Fischer in Jena.

Soeben erschien:

Lehrbuch

des

Deutschen bürgerlichen Rechts

von

Konrad Cosack,

Professor der Rechte in Bonn.

Erster Band, erste Abteilung:

Allgemeine Lehren; das Recht der Forderungen, erster Teil.

Fünfte, vollständig umgearbeitete Auflage.

Preis: 9 Mark.

Verlag von Hermann Pohle in Jena.

Für die

gerichtliche Praxis wichtige Erlasse

des

Großherzogl. Sachs.-Weimar. Staatsministeriums

Departement der Justiz.

1. Heft.

Preis 25 Pfg.

Um die Benutzung der S. 193 Bd. 44 (N. F. XXIV) der „Blätter für Rechtspflege" abgedruckten „Oberbehördlichen Erlasse" den geehrten Lesern zu erleichtern, habe ich unter vorstehendem Titel eine Separatausgabe hergestellt, welche von allen Buchhandlungen und von der Verlagshandlung zu obigem Preise zu beziehen ist.

Diesem Hefte sind beigefügt: Ein Prospekt der **Verlagsbuchhandlung Franz Vahlen** in **Berlin** betr. **Güthe, Die Grundbuchordnung für das deutsche Reich,** sowie ein Prospekt der **Verlagsbuchhandlung Otto Liebmann, Berlin W. 57** über die **4. gänzlich neue Auflage von Stenglein, Strafrechtliche Nebengesetze,** bearbeitet von **Ebermayer, Galli, Lindenberg.** Wir empfehlen die Prospekte geneigter Beachtung.

Digitized by Google

Die neubearbeitete 5. und 6. Auflage

von

Staudinger's Kommentar zum BGB.

beginnt zu erscheinen.

Zunächst wurden ausgegeben:

1. Lieferung: Bd. III, Lieferung 1: Sachenrecht §§ 854—873, erläutert von K. Kober. Lex. 8°. (5 Bogen.) M. 1.80.
2. Lieferung. Bd. I, Lieferung 1: Einleitung, Allgemeiner Teil §§ 1—12, erläutert von Dr. Th. Loewenfeld. Lex. 8°. (5 Bogen.) M. 1.80.

Die neue Auflage wird Literatur und Rechtsprechung mit der am Staudingerschen Kommentar gewohnten Sorgfalt und Umsicht bis auf die neueste Zeit verwerten. Die Uebersichtlichkeit und Klarheit der Darstellung noch mehr herauszuarbeiten, wird das besondere Ziel der 5./6. Auflage sein.

Zunächst werden die Bände I und III (Allgemeiner Teil, Sachenrecht) in Angriff genommen. Die neue Auflage dieser Bände wird im Jahre 1909 voraussichtlich vollendet. Von Bd. II u. IV wird die 1. Lieferung im Herbst ausgegeben. Die neue Auflage der übrigen Bände wird im Laufe des Jahres 1910 herauskommen. Das Werk erscheint in Lieferungen, die ab Lieferung 3 nur größere Partien bringen werden.

Welch beispielloser Erfolg dem Werk beschieden ist, ergibt sich schon daraus, daß auch die 3./4. Auflage des Kommentars, wie ihre Vorgängerinnen, unmittelbar nach der Vollendung schon fast vollständig in allen ihren Teilen vergriffen ist. Er konnte erzielt werden, weil Staudingers Art und Kommentierungskunst dem deutschen Juristen am besten entspricht. Vor allem erblickt die Praxis in Staudingers Kommentar ihren Kommentar.

= Die 1. Lieferung u. Prospekte durch jede Buchhandlung. =

Die 3./4. Auflage

ist soeben mit der 22. Lieferung vollständig geworden. Sie enthält von Bd. VI (Einführungsgesetz von L. Kuhlenbeck) die Art. 154—218 mit Titel und Register und Bd. VII (Alphabetisches Gesamtregister von F. Keidel) und kostet M. 10.—. Zu haben sind von dieser Auflage nur noch Bd. VI/VII (brosch. M. 17.50, geb. M. 20.—).

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München und Berlin.

Ex BP 7b/19

Digitized by Google

DEC 22 1909

Blätter

für

Rechtspflege

in Thüringen und Anhalt

herausgegeben

von

Dr. V. Sammer,
Oberlandesgerichtsrat in Jena.

Der ganzen Folge 56. Band.
Neue Folge XXXVI. Band.

Drittes und Viertes Heft.

Jena.
Druck und Verlag von Hermann Pohle,
Großherzogl. Sächs. Hofbuchdruckerei.
1909.

Ausgegeben am 24. November 1909.

Digitized by Google

Inhalt des dritten und vierten Heftes.

Seite

Erfahrungen und Anregungen zur Kunst der Rechtspflege 161

Entscheidungen des Oberlandesgerichts Jena.

Bürgerliches Recht und Verfahren: Verteilung der Gesamthypothek. — Eid bei unsicherer Parteibehauptung. — Vollstreckung, wenn Kinder herauszugeben sind. — Beweisgebühr im Verfahren über Schiedsrichterernennung. — Berichtigung des Schiedsspruchs. — Hypothek für nicht vorhandenen Gläubiger. — Grenzen bei Regelung des Verkehrs zwischen Eltern und Kind. — Wegfall der Sicherheitsleistung. — Verjährung beim Werkvertrag. — Prozeßkostenvorschuß des Mannes an die im Armenrecht streitende Frau? — Reisekostenvorschuß der im Prozeß zu untersuchenden Partei 227

Strafrecht und Strafverfahren: Beschäftigung bei Schaustellungen. — Oeffentlicher Weg. — Stellung des Richters zu Polizeiverordnungen. — Steuerwohnsitz. — Verlesung von Zeugenaussagen in Strafsachen ist Beweisaufnahme. — Posteingang bei Gericht. Unkenntnis ein Wiedereinsetzungsgrund. — § 185 oder 186 StGB. Grundsätzliches zu § 193 StGB. — Strafbar schon, wenn der Inhaber der Legitimationskarte diese nicht bei sich führt 257

Entscheidung des Kompetenz-Konflikt-Gerichtshofes in Gotha. Rechtsweg über das Bestehen einer Realgewerbeberechtigung 274

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes für Coburg-Gotha. Bezeichnung der Kandidaten bei Gemeindewahlen. Lehrer wählbar? Vernichtung der Stimmzettel. — Steuerliche Behandlung des Eigenverbrauchs. — Begründung von Wegeunterhaltungslasten — Anspruch auf Verwaltungsschutz. — Unterwerfung von Reichsbeamten unter die Landessteuer. Keine reformatio in pejus in Steuersachen 279

Aus der Praxis des Amtsgerichts Ilmenau. Polizeistunde in Sachsen-Weimar-Eisenach. 300

Zusammenstellung wichtiger Landesgesetze und Regierungsverordnungen aus 1908. (Von Sekretär Helmrich). 302

Bücherbesprechungen:

Fehr, Zweikampf 308
Staub, HGB. 308
Häßelbarth, Altenburger Staatsrecht 309
v. Staudinger, BGB. 310
Oberneck, GBO. 310
Mittelstein, Miete 311
Fitting, Zivilprozeß 311
Guttentag'sche Sammlung von Reichsgesetzen 311

Diesem Hefte sind beigefügt: Ein Prospekt der Verlagsbuchhandlung **Otto Liebmann, Berlin W 57** betr. **Die neue nunmehr vollständig vorliegende dritte Auflage des Heinitz'schen Kommentars zum Preußischen Stempelsteuergesetz und zur Novelle vom 26./30. Juni 1909,** sowie ein Prospekt der **Helwingschen Verlagsbuchhandlung, Hannover** betr. **Krause Automobilgesetz,** bez. **Sturm, Psychologische Grundlage des Rechts** und ein Prospekt der Verlagsbuchhandlung **J. Guttentag, Berlin W 35** betr. **Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch.** Wir empfehlen dieselben geneigter Beachtung.

Digitized by Google

Verlag von Hermann Pohle in Jena.

Soeben erschien:

Erfahrungen und Anregungen zur Kunst der Rechtspflege für Thüringer Juristen von Auch Einem

Preis: brosch. Mk. 1.—

Zu beziehen durch alle Buchhandlungen.

Verlag von Hermann Pohle in Jena.

Für die gerichtliche Praxis wichtige Erlasse

des

Großherzogl. Sachs.-Weimar. Staatsministeriums

Departement der Justiz.

1. Heft.

Preis 25 Pfg.

Um die Benutzung der S. 193 Bd. 44 (N. F. XXIV) der „Blätter für Rechtspflege" abgedruckten „Oberbehördlichen Erlasse" den geehrten Lesern zu erleichtern, habe ich unter vorstehendem Titel eine Separatausgabe hergestellt, welche von allen Buchhandlungen und von der Verlagshandlung zu obigem Preise zu beziehen ist.

Digitized by Google

Von der **neubearbeiteten 5. und 6. Auflage** von

Staudingers Kommentar zum BGB.

liegen **4 Lieferungen** vor.

Sie enthalten:

Bd. I, Lfg. 1: **Einleitung, Allgemeiner Teil** §§ 1—12, erläutert von Dr. Th. Loewenfeld. Lex. 8°. (5 Bog.) M. 1.80. (Lfg. 2 des Gesamtwerkes.)

Bd. III, Lfg. 1 u. 2: **Sachenrecht** §§ 854—958, erläutert von K. Kober. Lex. 8°. (25 Bog.) M. 9.30. (Lfg. 1 u. 3 des Gesamtwerkes.)

Bd. IV, Lfg. 1: **Familienrecht** §§ 1297—1425, erläutert von Dr. Th. Engelmann. Lex. 8°. (20 Bog.) M. 7.50. (Lfg. 4 des Gesamtwerkes.)

Bd. I und III werden noch in diesem Jahre vollständig, Bd. IV und II, von denen in Kürze eine Lieferung erscheint, etwa bis zum Frühjahr 1910.

Es empfiehlt sich sogleich lieferungs- oder bandweise zu bestellen.

Schweitzers blaue Textausgaben.

Zivilprozeßordnung in der Fassg. der Novelle vom 1. Juni 1909 mit 14 Nebengesetzen. Mit Verweisungen und Sachregister. 12°. 450 S. Geb. 2 M.

Die Ausgabe unterrichtet durch Verweisungen über den ganzen Entwicklungsgang der ZPO. und weist die bezugsgesetzlichen Bestimmungen nach. Sie enthält alle einschlägigen Gesetze, besonders auch das Haager Abkommen.

Demnächst erscheinen:

Zoeller, O., Das Weingesetz. Mit Anmerkungen. Geb. ca. M. 2.50.

Heindl, R., Vogelschutzgesetz. Mit Anmerkungen. Geb. M. 1.—.

Jacobi, H., Ges. betr. Sicherung der Bauforderungen. ca. M. 3.—.

Seuffert, Ph., Automobilhaftpflichtgesetz. ca. M. 2.—.

Wassermann, Branntweinsteuergesetz. ca. M. 3.—.

Schweitzers (blaue) Textausgaben zeichnen sich aus durch praktische Anlage, unbedingte Zuverlässigkeit, handliches Format und vorzügliche Ausstattung in Papier, Druck und Einbänden.

Schweitzers Zettelausgabe Nr. 5,

enthaltend Aenderungen des BGB., GVG., ZPO., GKG., RAGebO.

In gelber Mappe 80 Pf.

Mit diesen einseitig bedruckten Blättern können ältere Ausgaben gebrauchsfähig erhalten werden.

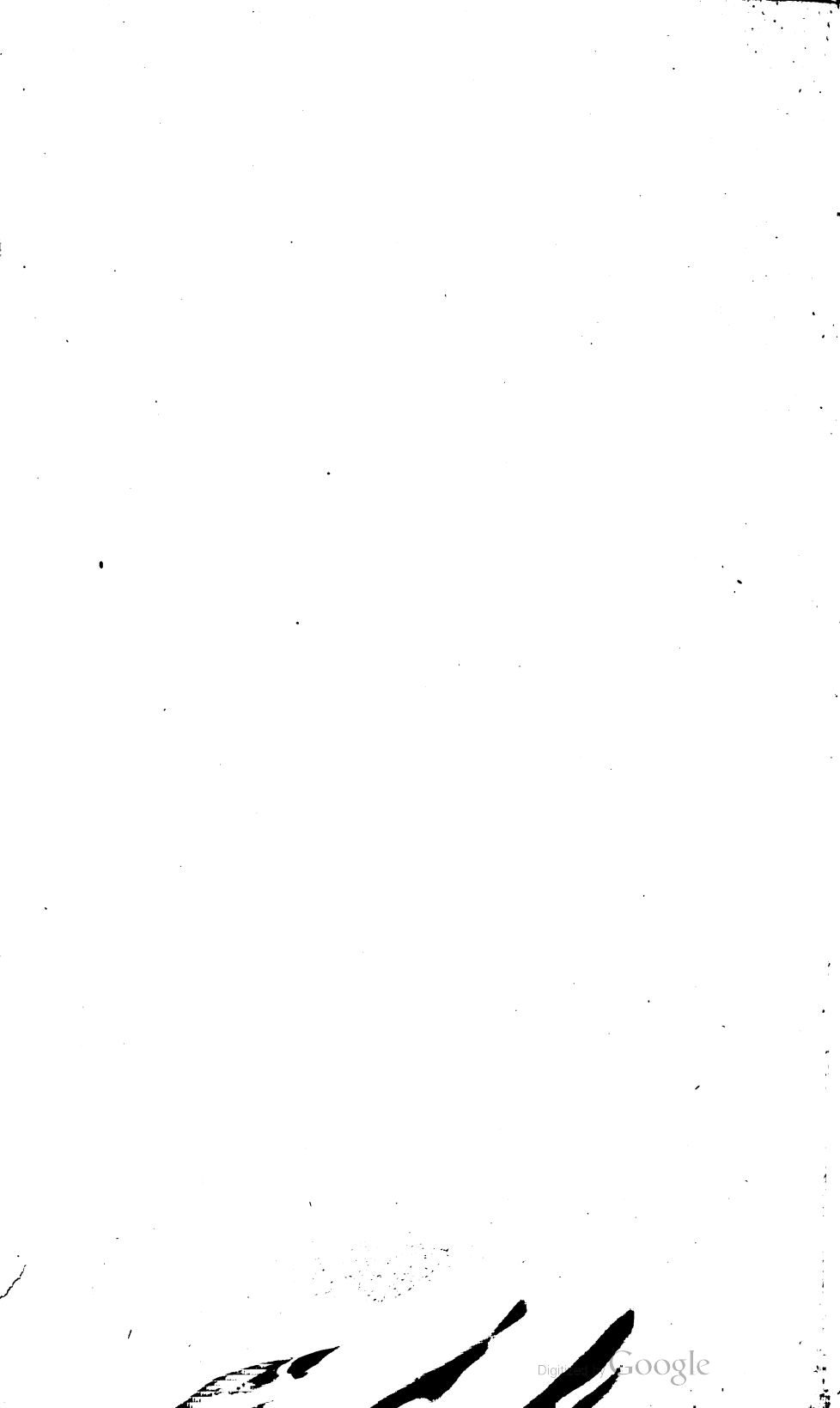
J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München und Berlin

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google